

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

THATIANE CRISTINA PIRES

VORTEILSAUSGLEICHUNG:
A COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO NA RESPONSABILIDADE CIVIL ALEMÃ

Florianópolis
2016

THATIANE CRISTINA PIRES

VORTEILSAUSGLEICHUNG:

A COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO NA RESPONSABILIDADE CIVIL ALEMÃ

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à apreciação da banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva

Florianópolis

2016

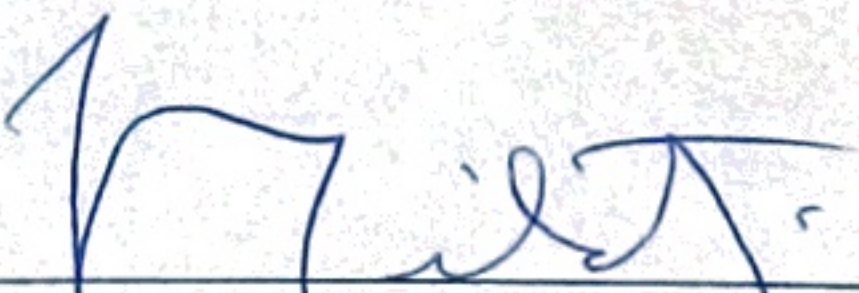
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “*Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno* na Responsabilidade Civil alemã”, elaborado pela acadêmica Thatiane Cristina Pires, defendido em 05/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 5 de Julho de 2016


Rafael Peteffi da Silva
Professor Orientador


José Isaac Pilati
Membro de Banca


Joana de Souza Sierra
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Não há melhor forma
de eternizar na memória
o sentimento
de gratidão
por virtudes imarcescíveis,
com as quais tive a honra de conviver
na figura de notáveis pessoas,
a quem dedico estas linhas singelas
como sinal de minha estima mais sincera.

Esta pequena lembrança é para dizer
que estar convosco me fez
o que hoje me tornei.

A vós não seria necessário escrever:

seriam vossos a dedicatória, o prólogo, os parágrafos, as linhas, os pontos finais e o resto.
O todo.

Pois sem vós não haveria o verbo.

Aos meus pais, Luiz José Pires e Luciene Fontão, por tudo.

Às minhas irmãs, Aline e Anna, pela mais sincera e profunda forma de amizade.

Ao João Vitor, por ser fundamental na minha vida.

Às irmãs do coração, Natália, Maiara, Camilla, Joma, Indiara, Ana Paula, Kátia, Maria Júlia, Christina, Helena e Débora.

Aos amigos Taciano e Arthur, pelas sempre pertinentes e instigantes elucubrações.

Aos amigos que o CCJ me deu, Beatriz, Lukas, Mathias e Patrícia, pela leveza proporcionada ao cotidiano.

Ao meu orientador, Rafael Peteffi da Silva, pelo inspirador exemplo de inteligência, dedicação e seriedade acadêmicas e pelas horas atenciosamente dedicadas às minhas incertezas.

À Lisa Kandora, pelo auxílio indispensável à consecução das fontes bibliográficas alemãs.

Muito obrigada.

*"Die Ausübung der Kunst ist ein großer Teil meines Ichs,
es ist mir die Luft, in der ich atme."*

Clara Schumann

*"I might bend, but I will never break
because it's in my nature as a strong woman."*

Angela Merkel

"Quando os sonhos já não são mais
Quando os momentos se eternizam
A vida faz em mim
Uma gota no oceano."

Luciene Fontão

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Thatiane Cristina Pires

RG: 5.776.713

CPF: 087.205.429-25

Matrícula: 11101522

Título do TCC: "*Vorteilsausgleichung: a compensatio lucri cum damno* na Responsabilidade Civil alemã".

Orientador: Rafael Peteffi da Silva

Eu, Thatiane Cristina Pires, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 5 de julho de 2016.

Thatiane C. Pires

THATIANE CRISTINA PIRES

RESUMO

No intuito de investigar qual o tratamento jurídico conferido pela responsabilidade civil alemã à situação em que a vítima de um evento sofre um dano ressarcível, mas também auferir uma vantagem, economiza uma despesa ou evita uma perda provável em razão desse mesmo evento danoso, analisa-se o desenvolvimento legal, jurisprudencial e doutrinário do instituto da *Vorteilsausgleichung* na Alemanha, para se chegar a distinção de determinados grupos de casos, para cuja solução as cortes conferem tratamento similar, conforme a origem da vantagem. O presente estudo, apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, tem como ponto de partida a *compensatio lucri cum damno* na sua acepção clássica, isto é, aquela que tradicionalmente é apresentada pela doutrina dos países de tradição jurídica romano-germânica, por se tratar de instituto de origem comum no direito romano e desenvolvimento primário no *ius commune*; apresenta-se o conceito, o seu lugar na responsabilidade civil, a sua natureza, seus fundamentos, os requisitos à sua configuração e a sua origem, para buscar-se, nesta última, a justificativa para que, a partir do segundo capítulo, o estudo seja direcionado apenas ao instituto da *Vorteilsausgleichung* que se desenvolveu na Alemanha com a promulgação do BGB. Tal diploma legal não apresenta uma regra geral expressa que imponha a dedução das vantagens face ao montante indenizatório, e muito embora o legislador tivesse por base a consideração das consequências vantajosas e desvantajosas como um resultado global do evento danoso, preferiu delegar à doutrina e à jurisprudência a tarefa de desenvolverem os critérios adequados a essa situação, à medida em que as circunstâncias fossem reveladas caso a caso. Isso não significa que a doutrina da *Vorteilsausgleichung* reside tão somente na casuística, pelo contrário, é possível observar que alguns dos critérios desenvolvidos pelos juristas têm alcançado bastante relevância, sobretudo quando analisados em conjunto com os fatos concretos, dentro de determinados grupos de casos, divididos conforme a causa que levou à vantagem, isto é, se ela é obtida independentemente da ação da vítima ou de terceiros, se é alcançada pela própria vítima, ou se é prestada por um terceiro. Conclui-se, por fim, que a não aplicação da *Vorteilsausgleichung* também não deverá significar a cumulação de indenizações e benefícios por parte da vítima, em virtude do emprego de outro instituto alemão, a *Cessio legis*, que impõe a cessão da pretensão indenizatória em favor do terceiro que reparou o dano à vítima, de forma a realizar o princípio da reparação integral, sobretudo na sua função indenitária de que decorre a vedação ao enriquecimento injustificado da vítima.

Palavras-chave: Direito civil alemão. Responsabilidade Civil. Princípio da reparação integral. *Compensatio lucri cum damno*. *Vorteilsausgleichung*. *Cessio legis*.

ABSTRACT

With the aim of investigating what is the legal treatment awarded by the German tort law to the situation in which the victim of a certain event suffers a harm, but also receives an advantage, saves an expense or avoids a probable loss in reason of this same harmful situation, the legal, judicial and doctrinal development of the institute *Vorteilsausgleichung* in Germany is analyzed in order to reach a distinction of determined groups of cases, in which solution given by the courts is similar according to the origin of the advantage. The present study, presented as an Undergraduate Conclusion Paper in Law at the Federal University of Santa Catarina, has as starting point the *compensatio lucri cum damno* in its classical definition, meaning that which is traditionally presented by the doctrine of countries with Roman-Germanic juridical tradition for being an institute of common origin in Roman law and primarily development at the *ius commune*; the concept, its place in tort law, its nature, its fundamentals, the conditions to its configuration and its origin are presented to pursue at this last one the justification to, from the second chapter onwards, the study be directed only to the institute of *Vorteilsausgleichung* that was developed in Germany since the promulgation of the BGB. That legal diploma does not present an expressed general rule that impose the deduction of advantages to the damages award and even though the legislator had as base the consideration of advantageous and disadvantageous consequences as an global result of the harmful event, it preferred to delegate to doctrine and jurisprudence the task of developing the adequate criteria to this situation, as long as the circumstances were revealed case by case. This does not mean the doctrine of *Vorteilsausgleichung* resides solely in casuistic, on the contrary it is possible to observe that some of the developed criteria by the jurists has reached fair relevance, overall when analyzed altogether with the concrete facts, inside determined groups of cases, divided by the cause which leaded to the advantage, namely, if the advantage is obtained independently from the action of the victim or of a third party, if it is reached by the victim itself or if it is rendered by a third party. At last, the conclusion is that the non-application of *Vorteilsausgleichung* should also not mean the cumulation of damages and benefits by the victim due to the application of other German institute, the *Cessio legis*, which impose the cession of the indemnity pretension in favor of the third party that repaired the damage to the victim, realizing the full reparation principle, overall in its indemnity function that follows from the prohibition to undue enrichment of the victim.

Keywords: German Civil Law. Tort Law. Full Reparation Principle. *Compensatio lucri cum damno*. *Vorteilsausgleichung*. *Cessio legis*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BauGB: *Baugesetzbuch* (Código de construção civil alemão)

BBG: *Bundesbeamtengesetz* (Lei alemã sobre os servidores públicos federais)

BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código civil alemão)

BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça alemão)

BGHZ: *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* (compilado de jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão em Direito Civil)

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift* (periódico jurídico alemão que contém jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão)

BGH VersR: *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Versicherungsrecht* (compilado de jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça alemão em Direito Securitário)

BinSchG: *Binnenschiffahrtsgesetz* (Lei alemã sobre as relações de direito privado aquaviário)

BLG: *Bundesleistungsgesetz* (Lei alemã sobre o uso da força estatal em caso de guerra)

EFZG: *Entgeltfortzahlungsgesetz* (Lei alemã sobre a continuidade do pagamento dos salários em feriados e em caso de doença)

HGB: *Handelsgesetzbuch* (Código comercial alemão)

LBG: *Landbeschaffungsgesetz* (Lei alemã sobre expropriação de terrenos para fins de defesa)

NJW: *Neue Juristische Wochenschrift* (Importante periódico jurídico alemão)

OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal de Justiça Estadual alemão)

RG: *Reichsgericht* (Corte Imperial de Justiça alemã)

RGZ: *Entscheidungssammlung des Reichsgericht in Zivilsachen* (compilado de jurisprudência da Corte Imperial de Justiça alemã em Direito Civil)

RG JW: *Reichsgericht, Juristische Wochenschrift* (periódico jurídico que contém jurisprudência da Corte Imperial de Justiça alemã)

SchBerG: *Schutzbereichgesetz* (Lei alemã relativa à restrição de imóveis para a defesa militar)

SGB X: *Sozialgesetzbuch, Buch X* (Código Social alemão, Décimo livro)

VVG: *Versicherungsvertragsgesetz* (Lei alemã sobre os contratos de seguro)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i> NA SUA ACEPÇÃO CLÁSSICA	13
1.1 O LUGAR DA <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i> NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.2 CONCEITO, NATUREZA E FUNDAMENTOS DA <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i>	19
1.3 REQUISITOS CLÁSSICOS À CONFIGURAÇÃO DA <i>COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO</i>	26
1.4 ORIGEM E RESENHA HISTÓRICA.....	30
2. DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO <i>VORTEILSAUSGLEICHUNG</i> NO DIREITO ALEMÃO	39
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BGB.....	40
2.2 <i>VORTEILSAUSGLEICHUNG</i> NO BGB.....	48
2.3 O DESENVOLVIMENTO DA <i>VORTEILSAUSGLEICHUNG</i> PELA JURISPRUDÊNCIA.....	51
2.4 CRÍTICA DA DOUTRINA.....	54
3. A APLICAÇÃO DA <i>VORTEILSAUSGLEICHUNG</i> CONFORME A ORIGEM DA VANTAGEM	61
3.1 VANTAGENS OBTIDAS INDEPENDENTEMENTE DA AÇÃO DA VÍTIMA OU DE TERCEIROS.....	63
3.2 VANTAGENS OBTIDAS POR AÇÃO DA PRÓPRIA VÍTIMA.....	70
3.3 VANTAGENS RECEBIDAS DE UM TERCEIRO.....	72
3.4 <i>VORTEILSAUSGLEICHUNG</i> E <i>CESSIO LEGIS</i>	76
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

O presente estudo, apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, tem por escopo investigar qual o tratamento jurídico conferido pela responsabilidade civil alemã à situação em que a vítima de um evento sofre um dano ressarcível, mas também auferir uma vantagem, um lucro ou um benefício prestado por um terceiro, economiza uma despesa ou evita uma perda provável, em razão desse mesmo evento danoso.

Para tanto, tem-se como ponto de partida a *compensatio lucri cum damno* na sua acepção clássica, isto é, aquela que tradicionalmente é apresentada pela doutrina dos países de tradição jurídica romano-germânica. Com fundamento no princípio da reparação integral, a regra da *compensatio lucri cum damno* propõe uma diminuição proporcional do montante da indenização, na medida das vantagens percebidas pelo lesado, de forma a impedir que este atinja, injustificadamente, um estado patrimonial superior àquele em que se encontrava antes do evento danoso.

Isso porque, nesses países, a responsabilidade civil visa tão somente a reparação da vítima, de forma a restaurar-lhe o estado anterior ao dano provocado pela conduta ilícita, não sendo sua função enriquecer ou melhorar a condição do lesado, nem a punição do agente. Assim, se a indenização deve corresponder à diferença entre a situação resultante do evento danoso e aquela que existiria se este não houvesse ocorrido, então não apenas os prejuízos, mas também as vantagens devem ser levadas em conta.

A julgar por tais fundamentos, toda a vantagem auferida pela vítima em razão do evento danoso deveria, então, ser considerada para fins da determinação do montante indenizatório, o que poderia, por outro lado, resultar em situações consideradas extremamente injustas a depender do caso concreto. A questão, apesar de parecer simples, tem ensejado dúvidas quanto a se determinar que tipo de vantagens devem ser consideradas para reduzir o montante da indenização.

A escassez de pesquisa científica, e mesmo de jurisprudência, sobre a *compensatio lucri cum damno* no Brasil justificam a abordagem do presente trabalho, que pretende, por meio do estudo de direito estrangeiro quanto aos critérios desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência da Alemanha, trazer contribuições para reacender a problemática no Brasil.

O intuito é, pois, distinguir as situações em que uma dedução de vantagens seja aplicável na Alemanha, exonerando o autor do dano de pagar parte da indenização, daqueles casos em que tal mecanismo não se aplica, para observar, quanto a estes casos, que a não aplicação do instituto também não deve ter por consequência a cumulação de indenizações por parte da vítima.

No primeiro capítulo, aborda-se a *compensatio lucri cum damno* na sua acepção clássica, o seu lugar na responsabilidade civil, o seu conceito, a sua natureza, os fundamentos e requisitos clássicos à sua configuração, a sua origem e uma resenha histórica, para buscar-se, nesse desenvolvimento primário, a justificativa para que o estudo seja direcionado, a partir do segundo capítulo, ao instituto da *Vorteilsausgleichung* que se desenvolveu na Alemanha após a vigência do BGB.

Ao que tudo indica, *compensatio lucri cum damno* era o termo utilizado pelos doutrinadores alemães à época do *Gemeines Recht* (*ius commune*) e é o instituto em que residem os primeiros traços da doutrina do que hoje se denomina *Vorteilsausgleichung*. Nesse sentido, como o segundo capítulo debruça-se sobre o desenvolvimento do instituto na Alemanha pós-BGB, passa-se a adotar a segunda denominação, no intuito de guardar coerência com a doutrina e com a jurisprudência.

O segundo capítulo apresenta, primeiramente, breves considerações quanto àquelas características particulares do ordenamento jurídico estrangeiro, que são estranhos ao sistema brasileiro. A partir de um panorama geral da responsabilidade civil no direito alemão, inevitavelmente simplificado, examinam-se os critérios de limitação da responsabilidade civil, adotados pelo legislador do BGB, que refletem, invariavelmente, na jurisprudência e na doutrina que se desenvolveram também para limitar, de certa forma, a dedução das vantagens percebidas pela vítima do dano. Passa-se, em seguida, à análise da *Vorteilsausgleichung* propriamente dita, primeiramente quanto ao reconhecimento e ao posicionamento dos redatores do BGB sobre o instituto, para então apresentar o desenvolvimento da jurisprudência e a crítica doutrinária frente aos critérios elaborados pelos tribunais.

Frente à impossibilidade de se concluir por uma única fórmula geral, capaz de resolver toda e qualquer situação em que a vítima perceba uma vantagem em conexão com o evento danoso, o terceiro capítulo pretende demonstrar que os critérios desenvolvidos têm alcançado relevância, sobretudo quando analisados em conjunto com os fatos concretos, dentro de determinados grupos de casos, conforme a origem ou a causa que levou à vantagem.

Nessa lógica, a primeira categoria é composta dos casos em que nem a vítima, nem uma terceira pessoa causou a vantagem de forma direta, pelo contrário, a vantagem é uma consequência natural do dano. Uma segunda categoria compreende casos em que a vantagem é derivada de ações da própria vítima. Na terceira categoria, encontram-se aqueles casos em que a vantagem é prestada por um terceiro. Por fim, analisa-se a relação desse terceiro grupo com um outro instituto que, assim como a *Vorteilsausgleichung*, busca realizar a vedação ao enriquecimento da vítima por meio da indenização: a *cessio legis*, isto é, a previsão legal da cessão da pretensão indenizatória contra o autor do dano, em favor do terceiro que proporcionou a reparação do dano à vítima.

É importante ressaltar que serão observadas as últimas determinações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), com a ressalva de que, quanto ao sistema de referências, o modelo de citação autor-data e numérico serão excepcionados da estrita regra da ABNT, constante da NBR nº 10520:2002. Optou-se pelo emprego das referências bibliográficas em nota de rodapé (numérico), mesclando-as com notas explicativas em rodapé (instrumento permitido somente quando empregada a modalidade de citação autor-data). O intento de tal fórmula é o de proporcionar uma breve indicação referencial em nota de rodapé, somada ao fator de limpeza textual, sem renunciar às importantes contextualizações e comentários que não integram o corpo da argumentação do texto e, especialmente, notas de tradução, de suma relevância por se tratar de trabalho em que preponderam análises de direito estrangeiro.

No tocante à bibliografia adotada, preponderantemente estrangeira, por ser de difícil acesso ao leitor e por demandar a tradução para a língua vernácula, especialmente a partir da língua alemã, buscou-se apresentar a tradução o mais literal possível, a menos que houvesse prejuízo da ideia transmitida pelo autor original, sempre primando pela reprodução do trecho original em nota de rodapé, para que se possa confrontar a tradução livre sugerida e a interpretação conferida pela autora. Dessa forma, para além de tratar de um assunto pouco conhecido, a partir de fontes pouco acessíveis, como se bastasse o *argumentum ad verecundiam* daquele que tem a compreensão da língua estrangeira, o propósito da autora é proporcionar ferramentas concretas, frutos de uma pesquisa científica séria, visando propiciar posteriores debates no âmbito do direito comparado.

1. *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO* NA SUA ACEPÇÃO CLÁSSICA

O instituto jurídico a que se refere a expressão latina *compensatio lucri cum damno* diz respeito à situação em que o ato ilícito causa, ao mesmo tempo, um dano e alguma vantagem à vítima. Apesar de não haver expressa menção ao instituto na lei, a sua aplicação decorre do princípio da reparação integral, segundo o qual a indenização busca colocar o lesado em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso.

De forma a concretizar a função indenitária da Responsabilidade Civil, a regra da *compensatio lucri cum damno* propõe uma diminuição proporcional do montante da indenização, na medida das vantagens percebidas pelo lesado. A aplicação do instituto, ao proporcionar a redução da quantia a ser indenizada, evita o enriquecimento sem causa da vítima, impedindo que esta atinja um estado patrimonial superior àquele em que se encontrava antes do evento danoso.

O principal requisito para a configuração do instituto em sua acepção clássica, apontado pela doutrina dos países de tradição jurídica romano-germânica¹, é a necessidade de o dano e a vantagem decorrerem do mesmo ato ilícito, o qual deve, outrossim, guardar uma causalidade adequada ao surgimento do dano e da vantagem.

A origem do instituto remonta ao Direito Romano, mas é na doutrina alemã que a *compensatio lucri cum damno* galgou maior espaço e interesse, sobretudo com a teoria da diferença cunhada por Mommsen. Em consonância com a tradição pandectista, os autores tinham por regra, nesse primeiro momento, a compensação do lucro com o dano.

O capítulo que se inicia vem situar o lugar da *compensatio lucri cum damno* na teoria geral da responsabilidade civil, para então tratar dos seus fundamentos teóricos e dos requisitos clássicos para a sua configuração, assim considerados por estarem presentes na doutrina de diferentes países, mas cuja tradição jurídica guarda uma raiz comum. Por fim, apresenta-se a sua origem no Direito Romano e uma resenha histórica, que justificará uma

¹ Por tradição jurídica romano-germânica compreende-se, basicamente, "a família que agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. (...) A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de 'códigos'. (...) tem o seu berço na Europa. Formou-se graças aos esforços das universidades européias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno. A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear estes esforços comuns, desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos". DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 23-24.

análise mais profunda da aplicação do instituto na Alemanha, a ser realizada a partir do segundo capítulo.

1.1 O LUGAR DA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO* NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil diz respeito a uma área dita patológica do Direito Obrigacional, uma vez que advém de um dano, prejuízo. A relação jurídica em questão concretiza-se em qualquer caso, em que, por ato de outrem, ocorra um prejuízo que, por sua anormalidade, rompa a estabilidade do equilíbrio entre os homens, gerando o dever de reparação do dano.²

Ao tratar do histórico e da razão de ser do instituto da responsabilidade civil, a doutrina remete-se ao princípio romano traduzido na expressão latina *neminem laedere*,³ ou seja, o dever de não lesar o outro, um dever geral de não prejudicar ninguém. Da quebra desse dever jurídico originário surge um dever jurídico sucessivo: o dever de indenizar, cujo principal fundamento é a existência de um dano.⁴

Consoante lição contida em máximas latinas, *se res perit domino*, então *casum sentit dominus* (se a coisa perece para o dono, o dono suporta o risco). O proprietário só não arcará com o prejuízo quando existir razão jurídica que possibilite a responsabilização de outra pessoa. Assim, toda a problemática da responsabilidade civil consiste na indagação dos casos em que as pessoas lesadas podem exigir de outrem a reparação dos danos que sofrerem.⁵

A responsabilidade civil é, pois, considerada um fenômeno complexo, oriundo de requisitos diversos intimamente interligados.⁶ A primeira premissa é sempre a violação de

² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 809.

³ Ulpiano, por volta do ano 200 d. C., consagrou como preceitos do direito: viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o que lhe pertence. Do original: "*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*". ULPIANO, Digesto, Livro Primeiro, Título 1, Lei 10 (D.1.1.10.1).

⁴ Cf. DIAS, op. cit.; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

⁵ NORONHA, op. cit., p. 434.

⁶ Não é objeto do presente trabalho a análise com profundidade acerca dos requisitos da responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual, sendo bastante ao estudo proposto situar a *compensatio lucri cum damno* na disciplina.

um dever jurídico originário⁷, que poderá estar estabelecido em um negócio jurídico como resultado da vontade das partes, isto é, em uma relação jurídica preexistente ligando o autor do dano ao prejudicado, ou estar previsto na lei. No primeiro caso, do inadimplemento decorrerá a responsabilidade dita contratual, e no segundo, da violação da lei resultará a responsabilidade dita aquiliana. Muito embora persistam algumas distinções práticas no seu tratamento, na essência, ambas originam-se da transgressão de um dever jurídico.⁸

Em apertada síntese, podem-se resumir em três os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil: o ato ilícito ou antijurídico⁹ imputável a alguém, o dano e a existência do nexo de causalidade entre o ato e o seu resultado danoso.

Conforme Kötz e Wagner¹⁰, concentrar a estrutura do delito em três partes parece ser uma tendência geral da responsabilidade civil, mesmo em países de diferentes tradições jurídicas, ressalvadas as devidas particularidades de cada sistema:

A responsabilidade pode ser reduzida a três elementos: lesão a um bem jurídico, violação de um dever e causalidade. Para juristas formados na Responsabilidade Civil tradicional, isso pode não ser familiar, mas o delito em três partes corresponde à prática dos tribunais alemães. (...) A estrutura do delito em três partes corresponde, finalmente, ao padrão normativo europeu emergente. Sob a cláusula geral francesa, o ato ilícito consiste nos elementos *dommage*, *faute* e *lien de causalité*, devendo existir o nexo de causalidade entre a conduta ilícita (*faute*) e o dano (*dommage*). O tipo civil mais importante no direito inglês - *negligence* - é composto pelos mesmos três elementos: *breach of duty*, *damage*, *causation*. Os projetos de harmonização jurídica europeia também aderiram a essa simples e evidente estrutura básica. Assim, no Art. 1: 101 (2) (a) dos *Principles of European*

⁷ A respeito da obrigação de indenizar, Cavalieri Filho ressalta a distinção entre obrigação e responsabilidade: "Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. (...) Sem a violação de um dever jurídico preexistente, portanto, não há que se falar em responsabilidade, pois esta é um dever sucessivo decorrente daquele". CAVALIERI FILHO, 2014, pp. 14-15.

⁸ "Há, portanto, na responsabilidade contratual tudo que há na responsabilidade extracontratual - conduta (que pode ser culposa ou não), nexo causal e dano. Mas, se a transgressão se refere a um dever estabelecido em negócio jurídico, a responsabilidade será contratual; se a transgressão é de um dever jurídico imposto pela lei, a responsabilidade será extracontratual. Tão mínima é a diferença que, a rigor, não há distinção substancial entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Na essência, ambas decorrem da violação de dever jurídico preexistente". CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 333.

⁹ A escolha do termo antijurídico pode ser assim justificada: "Todas as definições dadas ao ato ilícito, sobretudo entre os clássicos, seguem essa mesma linha - íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa. Tal critério, entretanto, cria enorme dificuldade em sede de responsabilidade objetiva, na qual não se cogita de culpa. (...) Entendemos que a solução adequada para a questão pode ser encontrada no duplo aspecto da ilicitude. No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. A conduta contrária à norma jurídica, por si só, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico". CAVALIERI FILHO, op. cit., pp. 21-22.

¹⁰ KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. *Deliktsrecht*. 12. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2013.

Tort Law e no artigo VI - 1: 101 (1) DCFR, a responsabilidade baseada na culpa está ligada a que o dano tenha sido 'causado pela conduta culposa'.¹¹

A partir do ato ilícito causador de um dano ressarcível a outrem, nasce a obrigação de indenizar, cuja principal finalidade é tornar *indemne* o lesado, isto é, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.¹²

O principal objetivo da responsabilidade civil é compensar a vítima pela sua perda, desde que presentes os pressupostos para tanto. A reparação deve restaurar, ou prover meios para este propósito, tanto quanto for possível, a situação em que se encontraria a vítima se o dano não tivesse ocorrido.¹³

Assim, não é função da responsabilidade civil verificar se o ato que causou dano ao particular ameaça, ou não, a ordem social. Tampouco importa que a pessoa compelida à reparação de um prejuízo seja, ou não, moralmente responsável. Com base nos ensinamentos de Mazeaud, mesmo aquele a quem sua consciência nada reprova pode ser declarado civilmente responsável.¹⁴ Nesse sentido:

Para efeito da punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social, é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. Deixa, não porque não se impressione com ele, mas porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não-intervenção. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado.¹⁵

Desloca-se, assim, o fundamento da responsabilidade civil, que já não é o ato ilícito de quem ocasiona o prejuízo, senão o dano de quem injustamente o suporta. Sem dano,

¹¹ KÖTZ/WAGNER, 2013, pp. 61-62. Tradução livre de: "*Der Haftungstatbestand lässt sich auf drei Elemente zurückführen: Rechtsgutsverletzung, Pflichtverletzung, Kausalität. Für am traditionellen Deliktsrecht geschulte Juristen mag dies ungewohnt sein, doch das dreiteilige Delikt entspricht der haftungsrechtlichen Praxis der deutschen Gerichte. (...) Der dreiteilige Deliktsaufbau entspricht schließlich auch dem sich abzeichnenden europäischen Standard. Unter der französischen Generalklausel besteht die unerlaubte Handlung aus den Elementen dommage, faute und lien de causalité, wobei der Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten (faute) und dem Schaden (dommage) bestehen muss. Der wichtigste Haftungstatbestand des englischen Rechts - negligence - besteht aus denselben drei Elementen: breach of duty, damage, causation. Dieser einfachen und einleuchtenden Grundstruktur haben sich auch die europäischen Rechtsvereinheitlichungsprojekte angeschlossen. So wird die Verschuldenshaftung in Art. 1:101 (2) (a) der Principles of European Tort Law und in Art. VI. - 1:101 (1) DCFR daran geknüpft, dass der Schaden 'durch schuldhaftes Verhalten verursacht' wurde*".

¹² CAVALIERI FILHO, 2014, p. 16. Cavalieri Filho e Menezes Direito, ao tratarem da função da responsabilidade civil em geral, afirmam: "O fim da responsabilidade civil é a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Indenizar significa tornar indene a vítima; reparar todo o dano por ela sofrido (...), o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*". CAVALIERI FILHO, Sérgio; MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil – das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII. pp. 331-332.

¹³ LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2011. pp. 299-300.

¹⁴ DIAS, 2012, pp. 7-11.

¹⁵ Ibidem, p. 9.

não há obrigação de indenizar, posto que a indenização só pode ser entendida em termos de reparação, e nunca como sanção, sendo a função precípua da responsabilidade civil a distribuição das consequências econômicas derivadas de um evento danoso.¹⁶ Dessa forma:

O fundamento do fenômeno ressarcitório é um dano que se valora como ressarcível e não um ato que se qualifica como ilícito, convertendo-se de tal modo o dano no núcleo de todo o sistema da responsabilidade civil, no centro de gravidade e no eixo em torno do qual aquele [sistema] gira, sendo essencial sua presença e sua falta de justificação, para que proceda a reparação do prejuízo. É esse dano o que origina a obrigação de responder a quem o causa, advertindo-se que a indenização não elimina esse prejuízo do mundo dos fatos - já que isso seria impossível -, senão que tão somente serve para deslocar as consequências econômicas desfavoráveis do patrimônio da vítima para aquele que deve responder pelo menoscabo; sob esta nova concepção, podemos apreciar que não se trata tanto de imputar a uma pessoa um fato danoso, senão de como determinar qual será o patrimônio que em última instância deverá suportar as consequências danosas (...).¹⁷

Porque consiste fundamentalmente na obrigação de reparar o dano causado, a responsabilidade civil em princípio não tem como medida a gravidade da conduta do agente causador do dano, nem outros fatores subjetivos, mas unicamente a extensão do dano causado: tal qual estabelece o art. 944 do Código Civil brasileiro, “a indenização mede-se pela extensão do dano”, sendo este um consectário do ideal aristotélico de justiça comutativa (ou compensatória).¹⁸

Com esse artigo, o Código Civil filia-se à doutrina francesa (*tout le dommage, mais rien que le dommage* – “todo o dano, mas não mais que o dano”) e afirma o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), segundo o qual, a função da responsabilidade civil é indenizar pelo prejuízo em sua totalidade, visando colocar o lesado em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso.¹⁹

Tal princípio também está expresso no § 249 I do Código Civil alemão (BGB),

¹⁶ CALVO COSTA, Carlos A. *El significado y las especies de daño resarcible*. Disponível em: <<http://ccalvocosta.com.ar/articulos/El%20significado%20y%20las%20especies%20de%20da%C3%B1o%20resarcible.pdf>>. Acesso em: 12/05/2016. p. 3.

¹⁷ Ibidem, p. 3. Tradução livre de: “*El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible y no un acto que se califica como ilícito, convirtiéndose de tal modo el daño en el núcleo de todo el sistema de la responsabilidad civil, en el centro de gravedad y en el eje alrededor del cual gira aquel, siendo esencial su presencia y su falta de justificación, para que proceda la reparación del perjuicio. Es ese daño el que origina la obligación de responder en quien lo causa, advirtiéndole que la indemnización no elimina ese perjuicio del mundo de los hechos –ya que resultaría imposible–, sino que tan sólo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables desde el patrimonio de la víctima hacia el de quien debe responder por el menoscabo; bajo esta nueva concepción, podemos apreciar que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso, sino de cómo determinar cuál será el patrimonio que en última instancia deberá soportar las consecuencias dañosas (...)*”.

¹⁸ NORONHA, 2003, p. 438; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: Indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27.

que dispõe: "Aquele que estiver obrigado à indenização deve restaurar o estado que teria existido se a circunstância que o obriga a pagar indenização não houvesse ocorrido"²⁰.

Assim, a indenização, ao passo que deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, não pode ultrapassá-lo para que não resulte na causa de um enriquecimento injustificado por parte da vítima, sendo o parâmetro dessa avaliação o prejuízo efetivamente sofrido.²¹

Nesse ponto, surge a situação em que a vítima auferir um ganho patrimonial em conexão com o evento danoso. Isto é, por causa de um ato ilícito, sofre a vítima um dano ressarcível, mas também auferir um lucro, recebe um benefício ou economiza um gasto provável. A exemplo, seria uma vantagem considerável o lucro que a vítima recebeu com a venda do carvão vegetal, produto de um incêndio causado ilicitamente na plantação de árvores para extração da madeira de sua propriedade; o lucro obtido pela vítima com a venda das ferragens que sobraram do seu automóvel, atingido em um acidente automobilístico imputável a outrem; os gastos diários com alimentação que a vítima economizou enquanto estava internada no hospital às custas do autor da lesão corporal.

Ora, se na responsabilidade civil, o objetivo da reparação é restaurar, ao máximo possível, a situação em que a vítima se encontraria se o evento danoso não houvesse ocorrido, então uma indenização deve levar em conta as vantagens que a vítima perceber em razão desse mesmo evento.

O instituto da *compensatio lucri cum damno* vem para servir de apoio a esse objetivo geral da responsabilidade civil, porquanto propõe o cômputo das vantagens auferidas pela vítima em conexão adequada com o evento danoso. Isso porque, se o lesado pudesse manter tais vantagens, o objetivo da reparação integral estaria, via de regra, em risco e um enriquecimento imerecido do lesado seria a consequência. Por outro lado, se toda e qualquer vantagem tivesse que ser deduzida, sem exceção, o contrário poderia ocorrer e uma reparação a menor poderia vir a ser o resultado, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência buscam estabelecer critérios e requisitos à aplicação de uma dedução dos ganhos.²²

²⁰ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 249. Tradução livre de: "Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre".

²¹ SANSEVERINO, 2010, p. 57.

²² MAGNUS, Ulrich. "Vorteilsausgleichung" – a typical German institute of the law of damages?. In: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich. *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015. p. 4.

O lugar da *compensatio lucri cum damno* na responsabilidade civil refere-se, portanto, ao ajuste do resultado do evento danoso, entre vantagens e perdas, de forma a medir a real extensão do dano ou a quantificação da indenização²³ e assim, mediante a reparação integral, atingir uma solução justa e equitativa.

1.2 CONCEITO, NATUREZA E FUNDAMENTOS DA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*

A *compensatio lucri cum damno* lida com um problema específico, qual seja, a possibilidade de, na prática, promover-se uma redução no valor da indenização, mediante a dedução de vantagens que a vítima tenha adquirido devido ao evento danoso. Por isso mesmo, a distinção entre a *compensatio lucri cum damno* e a quantificação da indenização é nebulosa na doutrina.²⁴

A *prima facie*, parece suficiente a existência de uma modificação positiva da situação da vítima, em conexão com um dano, para levantar a questão se esse *momentum* positivo deve reduzir o montante da indenização. Seria *compensatio lucri cum damno* ou o simples cálculo da indenização, no caso em que um acidente, imputável a alguém, destrói os pneus velhos do carro da vítima, e a reparação *in natura* lhe proporciona pneus novos, em função do que essa vítima deve aceitar uma certa compensação, já que os pneus novos vão apresentar, provavelmente, uma duração maior do que os velhos? Aqui, o dano original causou, pelo menos, a necessidade de renovar os pneus, mas foi a reparação *in natura* que deixou a vítima em melhor estado do que o anterior ao dano.²⁵

²³ Alguns doutrinadores situam a *compensatio lucri cum damno* na teoria do dano propriamente dita, ou como elemento do dano ressarcível, outros, ainda, como uma fase da quantificação da indenização, como se tratará no próximo tópico.

²⁴ "Uma distinção não pode ser encontrada baseada puramente em considerações lógicas, já que se pode abordar todos os fatores de cálculo positivos como uma vantagem patrimonial. Costuma-se, contudo, diferenciar uma abordagem mais naturalística". LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. p. 487. Tradução livre de: "Eine Zäsur kann nicht mit rein logischen Erwägungen gefunden werden, da man jeden positiven Berechnungsfaktor als Vermögensvorteil ansprechen kann. Eine mehr natürliche Betrachtungsweise pflegt jedoch zu differenzieren".

²⁵ MAGNUS, 2015, p. 3. Nesse caso, comumente chamado na doutrina de indenização do "velho pelo novo" ("neu für alt", na doutrina alemã), é pertinente a crítica de Lange e Schieman (op. cit., p. 487), para quem essa categoria não constitui um caso real de *compensatio lucri cum damno* (*Vorteilsausgleichung*), embora grande parte da jurisprudência e da doutrina assim o classifiquem. Os autores argumentam que não é o dano em si, mas a forma de compensá-lo que causa a vantagem. No exemplo dado, se o evento danoso destruir os pneus já usados do carro, teria a vítima de aceitar pneus novos com alguma dedução de valor, já que eles provavelmente vão apresentar maior durabilidade do que os antigos pneus. O tema será retomado no ponto 3.1 do trabalho.

A inconsistência da doutrina nesse ponto pode estar relacionada ao fato de a vantagem ser, por vezes, uma circunstância autônoma que está relacionada ao dano, mas não ao próprio evento danoso. Ademais, não obstante uma delimitação mais precisa entre a *compensatio lucri cum damno* e o cálculo da indenização seja de interesse teórico, as consequências práticas são mínimas, uma vez que o resultado positivo será deduzido, seja por meio da aplicação da *compensatio lucri cum damno*, seja integrando a quantificação da reparação.²⁶

Por muito tempo os autores alemães observaram a incidência da *compensatio lucri cum damno* em conexão com o conceito de dano e com o dimensionamento da sua extensão, em razão da aplicação da teoria da diferença²⁷ como método para a quantificação de um dano patrimonial, este entendido como o resultado naturalístico observado no patrimônio da vítima.²⁸ Contudo, gradativamente, a doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram critérios outros, de equidade e de razoabilidade, para além de uma análise puramente aritmética dos resultados provocados pelo evento danoso, distinguindo-se, assim, mais e mais, o instituto da *compensatio lucri cum damno* - denominada *Vorteilsausgleichung* pelos autores alemães contemporâneos - do simples cálculo dos danos, como se infere do excerto:

Uma vez que a pretensão indenizatória é dirigida, conforme a teoria da diferença, ao balanço patrimonial existente num dado momento, poder-se-ia qualificar a consideração das vantagens decorrentes como uma questão do cálculo dos danos, para o que os princípios, de outro modo alegados, também teriam sido decisivos. Há, hoje, consenso generalizado de que a problemática da *Vorteilsausgleichung* [*compensatio lucri cum damno*] não deve ir por esse caminho, e sim ser realizada somente por meio de decisões de mérito valorativas. Essa circunstância exige uma delimitação da *Vorteilsausgleichung* em sentido estrito e do cálculo de danos.²⁹

²⁶ MAGNUS, 2015, p. 3.

²⁷ A teoria da diferença, e a sua relação com a *compensatio lucri cum damno*, será tratada no ponto 1.4.

²⁸ A esse respeito, explica Díez-Picazo que a dedução das vantagens é a consequência lógica do raciocínio aplicado pelos autores que sustentam a teoria da diferença: "*Los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de conceptualización del daño, no tiene más remedio que admitir la computación de beneficios. Siguiendo de nuevo a Von Tuhr, si la indemnización tiene como objeto reparar el patrimonio del perjudicado, es lógico que, al comparar el estado que dicho patrimonio tenía antes y después de producirse el daño, hayan de tenerse en cuenta también los efectos ventajosos producidos por el mismo hecho contra el cual se reclama*". DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999. p. 319.

²⁹ LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 486. Tradução livre de: "*Da der Schadensersatzanspruch nach der Differenzhypothese auf den im maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet ist, könnte man die Berücksichtigung entstandener Vorteile als Frage der Schadensberechnung qualifizieren, für die die auch im übrigen geltenden Grundsätze den Ausschlag zu geben hätten. Es besteht heute weitestgehend Einigkeit, daß die Problematik der Vorteilsausgleichung nicht auf diesem Wege, sondern nur mittels wertender Entscheidungen zu bewältigen ist. Dieser Umstand erfordert eine Abgrenzung von Vorteilsausgleichung im eigentlichen Sinne und Schadensberechnung*".

Por outro lado, Ferrari³⁰ elucida que, na Itália, o princípio da *compensatio lucri cum damno* tem sido operado, já por um longo tempo, mesmo sem referência expressa na lei, na fase da liquidação do dano ressarcível, conforme o limite de aplicabilidade sugerido pela doutrina e pela jurisprudência. Sob tal concepção, o princípio é considerado um instrumento adequado ao cálculo da indenização, e não um elemento autônomo a figurar entre os critérios de determinação da responsabilidade. Por isso mesmo, seriam aplicáveis às consequências vantajosas os mesmos critérios aplicados às consequências danosas. Nesse sentido:

A consolidar tal hipótese está a circunstância compartilhada por muitos de que a *compensatio lucri cum damno* é um instrumento da medida da indenização, e não uma figura autônoma de critério de determinação da responsabilidade; portanto, buscar critérios específicos e/ou diversos à computação das consequências vantajosas comparativamente às consequências danosas não teria qualquer sentido, nem justificatção jurídica ou sistemática.³¹

Outra taxonomia possível é apresentada por Aldax³², para quem, em leitura oposta a do também argentino Camilo Tale³³, a *compensatio lucri cum damno* é a regra, pela qual devem ser deduzidas, no momento de realizar a avaliação do dano patrimonial, as consequências benéficas das prejudiciais, para assim obter-se a determinação exata do montante do dano, em cumprimento ao princípio da reparação integral. Desse modo, o autor situa a dedução de benefícios junto à valoração do dano, e não à sua própria existência,³⁴ diferentemente dos que compreendem o instituto dentro dos requisitos do dano ressarcível.

³⁰ FERRARI, Mariangela. *I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"*. Publicado em 04/08/2014. Disponível em: <http://www.ildiritto degli affari.it/upload/articoli/20140804051852_I_nuovi_confini...pdf>. Acesso em: 12/05/2016. p. 1. Tradução livre de: "*Il principio della compensatio ha per lungo tempo operato, pur privo di un diretto riferimento normativo, nella fase di liquidazione del danno risarcibile in presenza di limiti di applicabilità suggeriti dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si erano succedute nel tempo*".

³¹ FERRARI, Mariangela. *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*. Milano: Giuffrè Editore, 2008. p. 78. Tradução livre de: "*A consolidare tale ipotesi è la circostanza condivisa dai più che la compensatio lucri cum damno è strumento di misura del risarcimento e non è una figura autonoma di criterio di determinazione della responsabilità; pertanto, cercare criteri particolari e/o diversi in ordine alla computazione delle conseguenze vantaggiose rispetto alle conseguenze dannose non avrebbe alcun senso né alcuna giustificazione giuridica o sistemática*".

³² "Definiremos a la *compensatio lucri cum damno*, como la regla que indica que al momento de realizar la valuación del daño patrimonial, debe descontarse de las consecuencias perjudiciales, las consecuencias benéficas, y así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio de la reparación integral". ALDAX, Martin. Aplicación de la regla "*compensatio lucri cum damno*" en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura. In: *Lecciones y Ensaïos*, n. 90, 2012. p. 24.

³³ Para Tale: "*El tema que estudiamos en el presente artículo se ubica, dentro de la sistemática de la responsabilidad civil, en la teoría del daño, y más precisamente, en el capítulo acerca de los requisitos del daño resarcible*". In: *Revista de Derecho de Daños*, 2006-2 (Eximientes de responsabilidad - II). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. p. 294 *apud* ALDAX, op. cit., p. 24.

³⁴ "*Como se puede apreciar en nuestra definición, colocamos a la compensación de beneficios, dentro de la misma valuación del daño, a diferencia de Fischer y Tale, quienes ubican a la cuestión en la teoría del daño, específicamente dentro de los requisitos del daño resarcible*". ALDAX, op. cit., p. 24.

Apesar do embate de interesse teórico quanto à sua natureza e taxonomia, na prática, os países de tradição jurídica romano-germânica estabeleceram uma acepção geral da *compensatio lucri cum damno* bastante similar - a que se chamou de acepção clássica no título deste capítulo -, especialmente quanto ao seu conceito, ao seu fundamento jurídico e aos requisitos para a sua aplicação.

Nas palavras de Pontes de Miranda³⁵, do princípio de que a indenização dos danos não há de conduzir o ofensor a uma situação mais favorável do que a anterior ao dano, decorre "o princípio da compensação das vantagens ou lucros", que "impõe o cômputo das vantagens ou lucros que o ofendido haja obtido, devido ao fato gerador da responsabilidade, ou em relação causal adequada com esse".

Ferrari³⁶, por sua vez, traz conceitos extraídos da doutrina italiana, para quem, por *compensatio lucri cum damno* depreende-se "aquela redução que o dano derivado de um determinado fato humano, e conseqüentemente o seu ressarcimento, sofre por causa da vantagem produto daquele mesmo fato à vítima". Em outras palavras, consiste na "redução que pode sofrer o objeto do ressarcimento - em virtude de uma compensação que se opera entre perdas e benefícios - quando de um comportamento ilícito derivam não somente conseqüências danosas, mas também vantagens".

Para Díez-Picazo³⁷, faz-se necessária a utilização do instituto "quando o mesmo fato que produz o dano, determina em favor da mesma pessoa prejudicada um benefício ou um lucro". A admissibilidade, e mesmo a necessidade da dedução de benefícios, tem sido sustentada a partir da ideia do caráter ressarcitório da indenização e da proibição do enriquecimento sem causa que, de outro modo, resultaria caso o prejudicado recebesse uma

³⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1959. Tomo XXVI. pp. 52-54. O autor traz exemplos para ilustrar: "Se o ofendido reclama, por exemplo, despesas que fêz no hospital, ou com o tratamento do cão internado na clínica veterinária, tem de deduzir do importe o que deixou de despendar com o seu sustento em casa, ou no hotel em que reside, ou com o sustento do cão. Se o automóvel foi destruído, tem de ser diminuído ao que êle valia o que valem as peças e restos que com o ofendido ficaram e que podem ser vendidos. Se o com que se indeniza é automóvel novo, do mesmo valor tem o ofendido de devolver o que lhe ficou do automóvel destruído, ou o que obteve com a venda disso".

³⁶ DE CUPIS e, em sequência, PULEO, *Compensatio lucri cum damno*, in: *Enc. del dir.*, VIII, Milano (1961) *apud* FERRARI, 2008, p. 18. Tradução livre de: "*Per compensatio lucri cum damno s'intende '(...) quella riduzione che il danno derivante da un determinato fatto umano, e di conseguenza il risarcimento di esso, subisce per causa del vantaggio prodotto da quello stesso fatto al danneggiato'. In altre parole '(...) la diminuzione che può subire l'oggetto del risarcimento - in virtù di una compensazione che si opererebbe tra perdite e benefici - quando da un comportamento illecito derivino non soltanto conseguenze dannose, ma anche vantaggi'*".

³⁷ DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 319. Tradução livre de: "*cuando el mismo hecho que produce el daño, determina en favor de la misma persona dañada un beneficio o un lucro*".

indenização equivalente à totalidade do dano, somando-se os lucros obtidos.

De fato, muitos autores identificam o fundamento da *compensatio lucri cum damno* em razões de equidade, além do fato de o ressarcimento do dano não poder resultar no enriquecimento da vítima.³⁸ Não o fazem, porém, com base em um fundamento legal específico, destinado à situação em que a vítima auferiu um benefício por causa do evento danoso.

Ou seja, ainda que não haja menção expressa à *compensatio lucri cum damno* na legislação, a sua aplicação, seja enquanto princípio, instituto autônomo ou critério do dano ressarcível, é plenamente possível, uma vez que está associada à própria função da responsabilidade civil na tradição jurídica romano-germânica.

Como se viu, nessa família, a responsabilidade civil visa tão somente a reparação da vítima, de forma a restaurar-lhe o estado anterior ao dano provocado pela conduta ilícita, não sendo sua função enriquecer ou melhorar a condição do lesado, nem a punição do agente.

Consoante Looschelders³⁹, da função compensatória da responsabilidade civil resulta que o escopo da indenização está limitado aos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima, noção esta de que também decorre a chamada proibição do enriquecimento (*Bereicherungsverbot*). Assim, mediante a indenização, não deve a vítima ser colocada em uma situação melhor do que estaria se o evento danoso não houvesse ocorrido, sendo tal aspecto de suma importância para os casos de *compensatio lucri cum damno*.

A principal diretriz para orientar a quantificação da indenização pecuniária e da reparação *in natura* consiste no princípio da reparação integral ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, segundo o qual a indenização busca colocar o lesado em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso. Decerto a tentativa da restauração exata do *status quo ante* não passa de uma ficção, razão pela qual a norma constitui a diretiva fundamental para a avaliação do dano, quantificando-se a indenização, dentro do possível, à sua equivalência.⁴⁰

³⁸ FERRARI, 2008, p. 17. No original: "In verità molti individuano il fondamento del principio in ragioni di equità oltre al fatto che il risarcimento del danno non può comportare l'arricchimento della vittima".

³⁹ LOOSCHELDERS, 2011, p. 300. No original: "Aus der Ausgleichsfunktion folgt des Weiteren, dass der Umfang des Schadensersatzes grundsätzlich auf die vom Geschädigten erlittene Einbuße beschränkt ist (sog. Schadensrechtliches Bereicherungsverbot). Der Geschädigte soll durch den Schadensersatz nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Besondere Bedeutung hat dies bei der Vorteilsausgleichung, sowie hinsichtlich der Problematik 'neu für alt'".

⁴⁰ SANSEVERINO, 2010, p. 48.

O princípio da reparação integral, por sua vez, tem o seu fundamento mais remoto na noção de *justiça corretiva* concebida por Aristóteles na obra *Ética a Nicômaco*, que foi posteriormente aperfeiçoada por Tomás de Aquino, na *Summa Theologica*, sob a denominação *justiça comutativa*, que consiste em dar a cada um o que lhe é devido.⁴¹

Sob a concepção aristotélica, a justiça corretiva é o critério mais adequado às relações privadas em geral, por se tratar das partes com igualdade, observando-se, tão somente, se uma parte infligiu e a outra sofreu um dano. Desse modo, à justiça corretiva não interessa a índole boa ou má das pessoas envolvidas, seguindo-se uma proporção aritmética para se alcançar uma espécie de igualdade. Ao juiz caberia restabelecer a igualdade das coisas, subtraindo do ofensor o excesso do ganho. Assim, conclui Aristóteles: "O justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação".⁴²

A tese de Aristóteles coaduna-se com a concepção moderna do instituto da responsabilidade civil, sobretudo quanto à busca pela justiça expressa na equivalência entre o dano e a indenização, bem quanto à função da justiça dita corretiva, de "corrigir" o desequilíbrio causado pelo dano.⁴³

Do conteúdo do princípio da reparação integral, Sanseverino⁴⁴ extrai três funções fundamentais: (a) função compensatória, segundo a qual a plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima; (b) função indenitária, tal qual a reparação não pode ultrapassar a extensão do dano, evitando-se que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado; (c) função concretizadora, de forma a estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz.

⁴¹ Nesse sentido: SANSEVERINO, 2010, pp. 51 e ss.; WENDEHORST, Christiane. *Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. pp. 3 e ss..

⁴² SANSEVERINO, 2010, p. 52. O fragmento também é citado por Wendehorst: "(...) ganho e perda são, de maneiras contrárias, tanto o de mais quanto o de menos: ganho significa vantagens de mais e desvantagens de menos, e o contrário disso é a perda. (...) E assim, o justo é o centro entre ganho e perda - se se quiser usar esses dois termos - mais precisamente, na esfera das relações involuntárias. Isso significa que se tem o mesmo antes e depois". Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Buch V, Kapitel 7, 1132 a e b (Übersetzung von Dirlmeier) *apud* WENDEHORST, op. cit., p. 3. Tradução livre de: "*Gewinn und Verlust jedoch sind in entgegengesetzter Weise ein Zuviel und ein Zuwenig: Gewinn bedeutet zuviel Vorteil und zuwenig Nachteil, und der Gegensatz dazu ist der Verlust. (...) So ist denn das Gerechte die Mitte zwischen Gewinn und Verlust - wenn man diese beiden Begriffe so gebrauchen will - und zwar in der Sphäre des Unwillentlichen. Es bedeutet, daß man vorher und nachher das Gleiche hat*".

⁴³ SANSEVERINO, op. cit., p. 53.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 57.

Assim, o princípio da reparação integral, mormente na sua função indenitária de que decorre a proibição do enriquecimento da vítima, dá fundamento ao instituto da *compensatio lucri cum damno*.

Nessa lógica, ensina Sanseverino⁴⁵, que a *compensatio lucri cum damno* "consiste na diminuição proporcional do montante da indenização na hipótese de obtenção pelo lesado de vantagens derivadas do mesmo fato". Ao proporcionar a redução da quantia a ser indenizada, a aplicação do instituto evita o enriquecimento sem causa da vítima, impedindo que esta atinja um estado patrimonial superior àquele em que se encontrava antes do evento danoso. Por outro lado, atenta o autor para o limite do abatimento das vantagens, que é o valor total da indenização, sob pena de se tornar a vítima devedora do ofensor.⁴⁶

Por fim, não se pode confundir *compensatio lucri cum damno* com a compensação que ocorre quando o devedor também possui um crédito contra o credor, relativo a uma outra relação jurídica que tenham travado, de forma a extinguir uma parte ou toda a obrigação pela compensação dos créditos.⁴⁷ Na compensação, existem duas pretensões autônomas, em que requerente e requerido são ambos credores e devedores entre si. Na *compensatio lucri cum damno*, a vantagem é percebida pela vítima por causa do evento danoso. O que se observa, exclusivamente, é o patrimônio do lesado, ou seja, o grau de afetação de determinado evento lesivo frente à existência de dano e ganhos oriundos do mesmo fato. Não se trata de obrigações recíprocas que se anulam (ou se compensam). Apesar do efeito dos dois institutos ser similar, os requisitos não o são; logo, as regras da compensação não são aplicáveis à *compensatio lucri cum damno*, e vice versa.⁴⁸

Não se trata, outrossim, de culpa concorrente da vítima. A dedução das vantagens do montante devido a título de indenização não se confunde com uma redução da indenização devida porque a vítima também deu causa ao dano.⁴⁹

⁴⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 63.

⁴⁶ Ibidem, p. 65.

⁴⁷ Mariangela Ferrari atenta para a atecnia da expressão "*compensatio*" utilizada para indicar o instituto em exame, já que este não se confunde com a compensação enquanto modo de extinção da obrigação diverso do adimplemento, espécie esta tipificada na lei. FERRARI, 2008, p. 1. No mesmo sentido, Cf.: MAGNUS, 2015, pp. 5-6; VON TUHR *apud* Díez-PICAZO, 1999, p. 319. Na legislação brasileira, trata-se da compensação do art. 368 do Código Civil.

⁴⁸ Ulrich Magnus ressalta uma distinção prática importante entre os dois institutos na Alemanha: enquanto a *compensatio lucri cum damno* (*Vorteilsausgleichung*) deve ser reconhecida pelo magistrado *ex officio*, reduzindo *suo motu* o montante da indenização, a compensação deve ser arguida pelo requerido para poder ser procedente. MAGNUS, op. cit., pp. 5-6.

⁴⁹ Ibidem, p. 5.

1.3 REQUISITOS CLÁSSICOS À CONFIGURAÇÃO DA *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO*

Nos países de tradição jurídica romano-germânica, a doutrina tende a limitar a possibilidade de computação de benefícios ao atendimento a determinados requisitos⁵⁰, quase incontroversos, por isso mesmo aqui denominados requisitos clássicos.⁵¹

Entre os requisitos clássicos à configuração da *compensatio lucri cum damno*, pode-se citar a necessidade de o dano e a vantagem decorrerem do mesmo ato ilícito. Ou seja, devem-se computar somente aquelas vantagens ou lucros que foram consequências do evento danoso de que resultou a pretensão à indenização. Assim, o pedido pela aplicação do instituto só será procedente "se fundado inequivocamente na unidade da fonte generativa do lucro e do dano em favor da vítima do fato ilícito ou do inadimplemento"⁵².

Em outras palavras, para ser considerada, a vantagem deve guardar nexos causal com o evento danoso, referindo-se os autores, neste ponto, às principais teorias sobre causalidade. O primeiro aspecto a ser observado é se o evento danoso é uma condição sem a qual a vantagem não surgiria (*conditio sine qua non*), isto é, uma condição necessária.⁵³

Consoante a teoria da equivalência de condições, condição seria "todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito"⁵⁴, o que se demonstra insuficiente, já que, só por essa análise, não se pode realizar uma distinção qualitativa entre os diversos eventos que foram necessários para a ocorrência da vantagem.⁵⁵

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 320. "*La mayor parte de los autores y de los ordenamientos positivos tienden a limitar la posibilidad de computación de beneficios*".

⁵¹ Por requisitos clássicos compreendem-se aqueles que tradicionalmente aparecem na doutrina, sempre que se tratar da consideração de vantagens percebidas pela vítima em razão do evento danoso, seja para determinar a extensão do dano, seja para o cálculo da indenização, quer na doutrina brasileira, quer na alemã, austríaca, italiana, espanhola ou argentina, por se tratar de um instituto de origem comum e desenvolvimento primário no *ius commune*. É a jurisprudência que se encarrega de realizar a distinção, caso a caso, proporcionando nuances entre os diferentes ordenamentos jurídicos pátrios. Nesse sentido, apresentam os requisitos chamados clássicos: MIRANDA, 1959, pp. 52-54. SERPA LOPES *apud* CAVALIERI FILHO, 2014, p. 165; SANSEVERINO, 2010, p. 65; LANGE/SCHIEHMANN, 2003, pp. 487 e ss.; LOOSCHELDERS, 2011, pp. 318-319; MAGNUS, 2015, pp. 8-10; GSCHNITZER, 1963, p. 163; FERRARI, 2008, p. 35 e ss.; DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 320; ALDAX, 2012, pp. 26-29, entre outros.

⁵² FERRARI, op. cit., p. 4. Tradução livre de: "(...) *si fondano univocamente sulla unicità della fonte generativa del lucro e del danno incapo alla vittima del fatto illecito o dell'inadempimento*".

⁵³ "Uma compensação de vantagens só será considerada, quando existir entre a circunstância que obriga à indenização e a vantagem, nexos de causalidade no sentido de uma *conditio sine qua non*". LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 492. Tradução livre de: "*Eine Anrechnung von Vorteilen kommt nur in Betracht, wenn zwischen dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand und dem Vorteil ein Ursachenzusammenhang im Sinne einer condicio sine qua non besteht*". "

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 64.

⁵⁵ A esse respeito, cf.: PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 22.

Assim, não apenas deve o evento danoso ser uma condição necessária, como ele deve guardar uma causalidade adequada⁵⁶ ao surgimento tanto do dano, quanto da vantagem, e não somente ser a ocasião de seu aparecimento.⁵⁷ Mais do que o aspecto temporal, analisa-se, aqui, a proximidade lógica entre causa e efeito.⁵⁸ Dentre as condições que concorreram para o resultado positivo para a vítima, o evento danoso só será uma causa adequada se, de fato, tiver sido determinante para o aparecimento da vantagem, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.⁵⁹

Nesse sentido, é a lição de Pontes de Miranda⁶⁰ com base em seus estudos da doutrina alemã:

Nos sistemas jurídicos, há o princípio de que a indenização dos danos não há de conduzir a que o ofendido fique em situação mais favorável do que era a sua. O que importa é que se lhe restaure o estado anterior, pelo menos em valor. Quem deve reparar o dano tem de restaurar o estado de coisas que existia como seria se não tivesse havido o fato ilícito. Reparar um lucro para o titular da pretensão seria enriquecê-lo injustificadamente. Ora, com a indenização, o que se tem por fito é o ofendido não ficar mais pobre, nem mais rico (H. A. Fischer, *Der Schaden nach dem BGB*, 219). Os princípios em se tratando de indenização por fato ilícito, são os mesmos (e.g., Código Civil, art. 188, I e II, 929 e 930, parágrafo único). O que se há de exigir, para que se possa pensar em compensação de vantagens, é que o fato de que elas provêm seja o mesmo. Daí a insistência da doutrina em pôr ao vivo o princípio da causalidade adequada ou o conceito de adequência, *Begriff der Adequanz*.

Outros autores consideram que a vantagem deve ser uma consequência direta e imediata da ofensa que causou o dano, e que esta deve apresentar, por si só, idoneidade para determinar dano e vantagem.⁶¹

Apesar do nexo causal ser requisito incontroverso entre os autores da doutrina, a dificuldade prática está, justamente, em definir de forma precisa a identidade de causa no

⁵⁶ "A teoria da causalidade adequada, que teve como precursores os alemães Von Kries e Rumelin, ainda no final do século XIX, representou considerável avanço em relação à teoria da equivalência de condições. (...) A grande inovação introduzida pela teoria da causalidade adequada refere que as causas, além de necessárias, devem estar revestidas de um critério de adequação. Assim, um fato pode ser considerado causa de um dano se, de acordo com os dados da ciência e da experiência, no momento de sua produção, fosse possível prever que tal fato geraria o dano. Busca-se, entre as diversas causas do dano, aquelas que apresentam a 'possibilidade objetiva do resultado'". PETEFFI DA SILVA, 2013, pp. 23-24.

⁵⁷ Esse é o entendimento extraído da jurisprudência dos tribunais alemães, conforme: LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 493; LOOSCHELDERS, 2011, p. 318; MAGNUS, 2015, p. 8.

⁵⁸ COUTO E SILVA, *O dever de indenizar* (1997), p. 195 *apud* PETEFFI DA SILVA, op. cit., pp. 24-25.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65.

⁶⁰ MIRANDA, 1959, p. 52.

⁶¹ Nesse sentido, cf.: FERRARI, 2014, p. 1; DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 320. A teoria do dano direto e imediato é considerada relevante em caso de concorrência de causas: "(...) quando presentes várias causas possíveis, também trabalha com condições necessárias, ou seja, com as chamadas *conditio sine qua non*. Dessa forma, uma causa somente pode ser considerada direta e imediata se, sem ela, o dano não ocorrer". PETEFFI DA SILVA, op. cit., p. 27.

caso concreto.⁶²

Para ilustrar, tem-se a situação em que a vítima recebe, em razão do evento danoso, prestações de um seguro privado ou da Previdência Social. Nesse caso, Pontes de Miranda⁶³ não admite a compensação das vantagens obtidas pelo prejudicado através de um contrato de seguro por ele celebrado, com base no fundamento da ausência de identidade de causa entre o fato ilícito e o benefício. Com fulcro no mesmo argumento, Sanseverino⁶⁴ admite a cumulação, pela vítima, da pensão indenizatória prestada pelo autor do dano com o benefício previdenciário, segundo o autor, "sem ofensa ao princípio da reparação integral".⁶⁵

Ao resolver esse caso, a doutrina e a jurisprudência alemãs, por sua vez, não aplicam a dedução do valor de benefícios securitários ao quantificar a indenização devida pelo autor do dano por outra razão: porque existe na lei alemã uma previsão de cessão legal da pretensão indenizatória da vítima em favor do terceiro que proporcionou ao lesado a reparação.⁶⁶ Ou seja, aqui a conclusão pela não aplicação da *compensatio lucri cum damno* não significa a cumulação de ambas as reparações pela vítima, em razão do princípio da reparação integral e da vedação ao enriquecimento por meio da responsabilidade civil.⁶⁷

Assim, consoante os autores alemães, não deve existir no ordenamento jurídico outro princípio ou norma que exclua a aplicação do instituto em determinado caso. Nesse ponto, os autores também empregam argumentos de razoabilidade, visando à vedação da liberação irrazoável do autor do dano.⁶⁸ Como se infere a partir de Looschelders:

⁶² "A dificuldade prática situa-se em estabelecer a identidade de causa, ou seja, a determinação de que a vantagem tenha sido ensejada efetivamente pelo ato ilícito, estabelecendo-se o nexo causal entre os benefícios obtidos pela vítima e o mesmo evento danoso que originou a indenização". SANSEVERINO, 2010, p. 65.

⁶³ "Quando as coisas lesadas estão seguradas, o que o ofendido recebe do seguro não se computa como vantagem ou lucro dedutível. A morte, ou a lesão corporal, ou outro fato ilícito, aí, foi apenas elemento do suporte fático da regra jurídica; não é o suporte fático, como se passa com o fato ilícito da morte (e. g. homicídio). Do contrato de seguro irradiam-se direitos, pretensões e ações para o segurado e para o segurador: quando o segurador paga o seguro, por ter ocorrido a morte, ou outro fato, contrapresta, pois o segurado pagou os prêmios, periodicamente. Não se irradiou do fato ilícito a prestação do seguro. Seria absurdo que o estar segura a pessoa, ou estar seguro o bem atingido pelo fato ilícito, redundasse em proveito do responsável pela indenização do fato ilícito". MIRANDA, 1959, pp. 54-55.

⁶⁴ SANSEVERINO, op. cit., pp. 66-67.

⁶⁵ No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL, STJ, 4ª T., REsp 200.723/MG, rel. Min. Barros Monteiro, j. 27/11/2001, DJ de 22/4/2002, p. 209; BRASIL, STJ, 3ª T., REsp 419.034/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, j. 5/12/2002, DJ de 31/3/2003, p. 217 *apud* SANSEVERINO, 2010, p. 67.

⁶⁶ Esse ponto será tratado com mais profundidade no capítulo 3, ponto 3.4, do presente trabalho.

⁶⁷ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 307.

⁶⁸ "A dedução de vantagens deve ser razoável para a vítima; a dedução deve conformar o propósito da compensação e da vantagem e a dedução não pode liberar irrazoavelmente o autor do dano". MAGNUS, 2015, p. 8. Tradução livre de: "*The deduction of advantages must be conscionable for the victim; the deduction must conform to the purpose of compensation and of the advantage and the deduction must not unreasonably relieve the wrongdoer (...)*".

Para a consideração da vantagem auferida, esta também deve corresponder ao escopo do dever de indenizar. Assim, o resultado positivo deve ser desconsiderado, quando se puder deduzir do nosso ordenamento jurídico que o autor do dano não deva ser favorecido. Um importante indicio contra a compensação do lucro com o dano é a existência de normas que prevejam a transferência da pretensão indenizatória em favor de terceiros que proporcionaram ao lesado a reparação. Em razão dessas normas, pode-se inferir que o dano deve ser, em última análise, suportado pelo seu causador.

69

Segundo Ferrari, a aplicação da regra da *compensatio lucri cum damno* pela doutrina e jurisprudência italianas resultou vinculada a três condições, a saber, ao fato de que: (a) o prejuízo e o incremento patrimonial tenham decorrido do mesmo evento; (b) dano e vantagem tenham surgido com relação de causalidade direta e imediata com o evento; e (c) a importância a ser compensada guarde a mesma natureza jurídica da indenização.⁷⁰

Logo, para o exemplo anterior, quanto à aplicação da *compensatio* no caso da percepção, pela vítima, de benefícios de seguro, existe, pelo menos, uma terceira discussão possível, ao fundamento de que o benefício previdenciário ou securitário seria de natureza jurídica diversa da prestação indenizatória.⁷¹

Mesmo partindo de um mesmo princípio e de requisitos similares à sua configuração, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de cada país, frente aos casos concretos, acabou por atribuir à *compensatio lucri cum damno* características próprias.

Para Ferrari⁷², a elaboração mesma de requisitos à aplicação deixa evidente uma contradição inerente ao sistema jurídico, porque, por outro lado, o princípio da *compensatio lucri cum damno* foi considerado tão "natural" que não necessitava de qualquer justificação.

⁶⁹ LOOSCHELDERS, 2011, p. 318. Tradução livre de: "Die Berücksichtigung des Vorteils muss darüber hinaus dem Zweck der Schadensersatzpflicht entsprechen. Der Vorteil muss also außer Betracht bleiben, wenn sich den Wertungen unserer Rechtsordnung entnehmen lässt, dass der Schädiger nicht begünstigt werden soll. Ein wichtiges Indiz gegen die Vorteilausgleichung ist die Existenz von Vorschriften, die einen gesetzlichen Übergang des Schadensersatzanspruchs zugunsten Dritter vorsehen, die dem Geschädigten Ersatz leisten. Denn diesen Vorschriften ist zu entnehmen, dass der Schaden letztlich vom Schädiger getragen werden soll".

⁷⁰ FERRARI, 2014, p. 1. No original: "(...) l'applicazione della regola risultava vincolata da tre condizioni rispettivamente relative al fatto che: 1) pregiudizio e incremento patrimoniale discendessero dallo stesso evento; 2) danno e vantaggio conseguissero con rapporto di causalità diretto ed immediato dall'evento; 3) le poste compensative avessero la medesima natura giuridica".

⁷¹ Ibidem, p. 5. No original: "Quest'idea di occasionalità non determinante né rilevante tende maggiormente a diffondersi quale orientamento, consolidato talvolta dal tenore letterale delle leggi speciali che di volta in volta hanno introdotto nell'ordinamento queste prestazioni di natura previdenziale o assistenziale o anche retributiva insite in un rapporto diverso e autonomo rispetto a quello generato dall'illecito e perciò estranee al principio di *compensatio lucri cum damno*".

⁷² Ibidem, p. 1. No original: "Tali condizioni avevano reso evidente un'intrinseca contraddizione nel sistema giuridico, poiché da un lato il principio era stato ritenuto talmente 'naturale' da non necessitare di giustificazione alcuna".

No mesmo sentido, Looschelders⁷³ expressa que, a julgar pelos princípios basilares da Responsabilidade Civil, deveria ser regularmente procedente a compensação de vantagens. Isso porque, consoante a proibição do enriquecimento, a situação financeira da vítima não pode ser aprimorada em razão do evento danoso. O entendimento jurisprudencial que prevalece assume, contudo - e, para o autor, com razão -, que não seria razoável que a vítima tivesse que levar em conta todas as vantagens que possuem relação com o evento danoso, razão pela qual os referidos requisitos acabaram sendo desenvolvidos.

1.4 ORIGEM E RESENHA HISTÓRICA

A origem da *compensatio lucri cum damno* remonta ao Direito Romano, ainda que tratada apenas tangencialmente. É possível observar uma noção embrionária do instituto, embora de forma pouco criteriosa, nos escritos de Pomponius sobre a gestão dos negócios de um ausente. Ele escreve que, para Proculus, se o gestor, por culpa ou por dolo, causar dano ao patrimônio do ausente, mas também provocar, por outros negócios, lucro, uma indenização deverá compensar o lucro com o dano. Conforme extrai-se do excerto:

Se administras os negócios de um ausente ignorando este, deves responder por culpa e por dolo. *Proculus* disse que, às vezes, deves responder também em caso fortuito, por exemplo, se em nome do ausente realizares um negócio novo que ele não estava acostumado a fazer, comprando escravos novos ou empreendendo alguma negociação. Porque se disto resultar uma perda, será da tua conta, porém o lucro irá para o ausente, mas se em algumas coisas se houver realizado lucro, e em outras perda, o ausente deverá compensar o lucro com o dano.⁷⁴

É de se questionar se o exemplo deva ser tratado como *compensatio lucri cum damno*, porquanto Pomponius parece não haver descrito uma identidade de causa entre o dano e a vantagem, dando a entender que o gestor de negócios do ausente, por diversos atos,

⁷³ LOOSCHELDERS, 2011, p. 318. No original: "Geht man von den Grundprinzipien des Schadensrechts aus, so müsste die Anrechenbarkeit von Vorteilen regelmäßig bejaht werden. Denn nach dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot soll die Vermögenslage des Geschädigten durch das schädigende Ereignis nicht verbessert werden. Die herrschende Meinung geht jedoch zu Recht davon aus, dass es wertungsmäßig nicht überzeugend wäre, dem Geschädigten sämtliche Vorteile anzurechnen, die mit dem schädigenden Ereignis verbunden sind".

⁷⁴ Texto original: "Si negotia absentis et ignorantis geras: et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo: nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet". POMPONIIUS, *Corpus iuris civilis, Digestorum seu Pandectarum*, Liber Tertius (L. III), Tit. V (De Negotiis Gestis), XI (Pomponius XXI. ad quintum Mucium) apud MOMMSEN, Friedrich. *Zur Lehre von dem Interesse*. Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abteilung. Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), 1855. pp. 192-193. E também: ALDAX, 2012, p. 22. Tradução livre do espanhol para o português.

causara dano, mas também vantagens, que seriam compensáveis com aquele. Nesse caso, faltaria um dos requisitos próprios à configuração da *compensatio lucri cum damno*, a necessidade de o mesmo ato ilícito causar, simultaneamente, consequências benéficas e prejudiciais à vítima.⁷⁵

A questão da compensação entre lucro e dano aparece novamente no Digesto, em passagens do título dedicado a *societas*. Conforme Honsell⁷⁶, junto a *actio pro socio* romana movida para a dissolução da sociedade, também poderiam ser reivindicados o reembolso de despesas, o ressarcimento por danos e a divisão do lucro. Eventual lucro seria compensado com as perdas, "porque não se pode falar de lucro, se o dano por inteiro não foi compensado, nem de dano, enquanto o lucro não for deduzido"⁷⁷.

Isso certamente não era aplicável quando um sócio era culpado⁷⁸ pelo dano, caso em que este era obrigado a indenizar e não poderia recorrer à defesa de que, por suas ações, ele também havia alcançado lucros.⁷⁹ Ulpiano expressou entendimento nesse sentido: "(...) se um sócio agir com negligência em alguns assuntos da sociedade, mas nos demais fomentar a sociedade, não se compensa o benefício com a negligência, como escreveu Marcelo no livro sexto do digesto".⁸⁰ Não há, pois, também aqui, relação de causalidade entre a atuação negligente e o benefício gerado, impossibilitando, assim, a utilização da *compensatio lucri cum damno*.⁸¹

⁷⁵ ALDAX, 2012, p. 23. O autor acrescenta: "Nótese que Pomponio parte de una gestión de negocios, cuya finalidad es obtener ganancias para el ausente. A su vez, si el gestor actúa con negligencia debe responder por las consecuencias perjudiciales generadas por su accionar. En el ejemplo en análisis ante una gestión negligente se genera un daño, pero no un beneficio, razón por la cual no existe relación de causalidad entre el hecho y la ganancia. Esta última nace a partir de otros negocios realizados por el gerente y por tal motivo no puede ser compensada con el daño."

⁷⁶ HONSELL, Heinrich. *Römisches Recht*. 8. Auflage. Berlin: Springer, 2015. p. 149.

⁷⁷ No original: "*neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto*". PAULO, Digesto, Livro 17, Título II, Lei 30 *apud* HONSELL, op. cit., p. 149. Tradução livre do alemão para português: "*Denn man kann nicht von Gewinn sprechen, wenn nicht der ganze Schaden abgezogen ist und nicht von Schaden, solange nicht der Gewinn in Anschlag gebracht ist*".

⁷⁸ A princípio o sócio responderia apenas por *dolus*, mas já no período clássico, responderia também por *culpa* e por *custodia*. A análise da culpa limitava-se, contudo, à existência ou não de uma violação do dever ordinário de cuidado (*diligentia quam in suis*), conforme se pode observar em GAIO, Digesto, Livro 17, Título II, Lei 72 *apud* HONSELL, op. cit., p. 149.

⁷⁹ PAULO, Digesto, Livro 17, Título II, Lei 25 *apud* HONSELL, op. cit., p. 149.

⁸⁰ "*It ideo, si socius quaedam negligenter in societate egrisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, ut marcellus libro sexto digestorum scripsit*". ULPIANO, Digesto, Livro 17, Título II, Lei 26. In: JUSTINIANO, *Cuerpo Del derecho Civil Romano*. Bilingue, em espanhol e latim. Barcelona, Publicado por los Hnos. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Dr. Ildefonso L. García del Corra. Jaime Molinas, Editor, Consejo de Ciento, No 287, 1889 *apud* ALDAX, op. cit., p. 23. Tradução nossa do espanhol para o português.

⁸¹ ALDAX, op. cit., p. 23.

A esse respeito, Fischer⁸² explica, endossando a opinião de Ulpiano, que a conduta geral de um sócio produz benefícios ou danos, mas se este age negligentemente "A aplicação das normas sobre indenização não pode colocar o causador do dano em situação mais favorável do que, segundo o primeiro texto, ocuparia um sócio, se não incorresse em uma conduta geral que lhe obriga a indenizar os danos causados".

Por outro lado, ressaltou-se a especificidade do caso de um sócio constituído arbitrariamente. Se outro sócio, buscando uma indenização, baseia-se no fato de que o dano foi causado pela inclusão não autorizada daquele acionista, terá de renunciar ao lucro que o sócio arbitrariamente constituído logrou.⁸³

Esse breve exame das disposições contidas no Digesto leva à seguinte conclusão, expressada por Leone⁸⁴:

(...) em todas as leis citadas pelos romanos não encontramos uma evidência direta, de que o direito romano tenha reconhecido a *compensatio lucri*. Seria errôneo, contudo, concluir que isso demonstra que o direito romano a tivesse excluído. (...) aos juristas romanos não teria vindo à mente de excluí-la expressamente em alguns casos especiais, se não tivesse sido admitida como regra geral. Por isso, apesar da lacuna, que havíamos alertado, podemos concluir que para o direito o romano a *compensatio lucri cum damno* era reconhecida quando a vantagem e o dano provinha de uma mesma ação do causador do dano, e a vantagem era patrimonial.

Dessarte, citou Pomponio⁸⁵ as palavras do Imperador Marco Aurélio: "*abstine commodum..., si damnum petis*", isto é, abstenha-se dos lucros, se pedires uma indenização. Nesse ponto está, para Honsell⁸⁶, a origem do instituto jurídico a que se refere a expressão

⁸² FISCHER, Hans, *Los daños civiles y su reparación*. Tradução de W. Roses. Vol. V. Serie B. Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928. p. 197 *apud* ALDAX, 2012, p. 23.

⁸³ HONSELL, 2015, p. 149.

⁸⁴ LEONE, *Compensatio lucri cum damno* (1916), pp. 205-207 *apud* FERRARI, 2008, p. 17. Tradução livre de: "*Anche la sintetica indagine storica più sopra condotta del periodo romanista porta a concludere che 'in tutte le leggi citate dai romanisti non troviamo alcuna prova diretta, che il diritto romano abbia riconosciuto la compensatio lucri. Senonché sarebbe erroneo concludere che ciò dimostra, che davvero il diritto romano la escluda. (...) ai giureconsulti romani non sarebbe venuta in mente di escluderla espressamente in alcuni casi speciali, se non fosse stata ammessa come regola generale. Quindi ad onta della lacuna, che abbiamo avvertito, possiamo concludere che per diritto romano la compensatio lucri cum damno veniva riconosciuta quando il vantaggio ed il danno provenivano da una stessa azione del danneggiatore, ed il vantaggio era patrimoniale'.*"

⁸⁵ POMPONIO, Digesto, Livro 17, Título II, Lei 23, 1 *apud* HONSELL, op. cit., p. 149.

⁸⁶ Honsell revela que, na Alemanha, a expressão *compensatio lucri cum damno* refere-se à noção embrionária presente no *Gemeines Recht (ius commune)* do instituto hoje denominado *Vorteilsausgleichung*. Aqui reside uma das razões para ter sido adotada, no presente trabalho, a denominação *compensatio lucri cum damno* no primeiro capítulo, que tratou do conceito e do lugar do instituto na responsabilidade civil, dos seus fundamentos clássicos e da sua origem; e a partir do segundo capítulo, contudo, ter passado a adotar a denominação *Vorteilsausgleichung*, já que este capítulo debruça-se sobre o desenvolvimento do instituto na Alemanha após a vigência do BGB. Literalmente em HONSELL, op. cit., p. 149: "*Pomp. (D. 17, 2, 23, 1) zitiert den Kaiser Mark Aurel 'abstine commodum..., si damnum petis.' - Enthalte dich des Gewinns..., wenn du Schadensersatz verlangst. Bei dieser Stelle liegen die Anfänge der gemeinrechtlichen compensatio lucri cum damno, der noch heute in vielem zweifelhaften Lehre von der Vorteilsausgleichung*" (Grifo nosso).

latina *compensatio lucri cum damno*, que veio a ser desenvolvido posteriormente pelos juristas do *ius commune*⁸⁷ e, mais tarde, recuperado pela tradição pandectista na Alemanha.

Por *ius commune* compreende-se o direito resultado da chamada recepção do direito romano⁸⁸, ocorrida a partir do século XII com o trabalho dos glossadores, pelo direito canônico medieval, de forma a complementar e a cobrir as lacunas do direito particular de cada região (*ius proprium*), tornando-se, gradualmente nos séculos seguintes, o sistema jurídico dos Estados, territórios e cidades autônomas da Europa continental. O direito comum baseava-se nos estudos do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano⁸⁹ e era desenvolvido, através da teoria e da prática, a partir de um conjunto de elementos do direito romano, do direito canônico, do direito costumeiro de povos nativos, dos costumes da prática mercantil e de um direito real ou imperial de cada região.⁹⁰

Nesse processo, o *usus antiquus* do direito romano transformou-se no *usus modernus pandectarum*. Os escritos jurídicos dos séculos XVII e XVIII indicam sinais de uma fragmentação, na medida em que os autores "institucionais" não mais discutiam o Direito Romano *per si*, "mas um direito romano-neerlandês ou romano-escocês, *ius romano-*

⁸⁷ Após séculos de quase total esquecimento, a partir do final do século XII e início do século XIII, o direito romano despertou novo interesse em razão da redescoberta do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que se tornaria a principal fonte de pesquisa entre os juristas europeus nos séculos seguintes. Os primeiros estudos em direito romano-justineu são atribuídos à Escola dos Glossadores de Bolonha, fundada pelo monge Irnerius, cidade onde surgiu a primeira universidade da Europa. Conquanto o objetivo dos estudiosos fosse reorganizar as normas para poder aplicá-las, a exegese erudita dos textos clássicos afastava os glossadores da vida jurídico-legislativa de seu tempo, razão pela qual surgiram outras escolas de juristas, encarregados de aproximar o direito romano clássico da prática, chamados de *consiliadores* práticos ou comentadores. Cf.: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2, ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 197-211. Assim, "os comentadores converteram o direito justinianeu, pela primeira vez, num direito comum de toda a Europa (*jus commune*); ao mesmo tempo que reduziam a multidão dos direitos não romanos da Europa à forma mental de sua ciência". WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979. p. 80 *apud* WOLKMER, op. cit., p. 210.

⁸⁸ A chamada Recepção do Direito Romano foi de suma relevância no cenário europeu. "O pleno renascimento da atividade jurisprudencial nos séculos XIII e XIV apresentou como característica básica: a) unidade e ordenação das diversas fontes do direito (direito romano-justineu, direito canônico e direitos locais); b) unidade do objeto da ciência jurídica (a jurisprudência romano-justineu); c) unidade quanto aos métodos científicos empregados pelos juristas; d) unidade quanto ao ensino jurídico, comum por toda a Europa continental; e) e a difusão de uma literatura especializada escrita em uma língua comum, o latim". WOLKMER, op. cit., p.198.

⁸⁹ "O conjunto das recolhas publicadas por Justiniano, o qual mais tarde foi denominado *Corpus Juris Civilis*, compreende quatro partes: a) o Código (*Codex Justiniani*), compilação de leis imperiais que visava substituir o Código Teodosiano; b) o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas*), vasta compilação de trechos de mais de 1.500 livros escritos por jurisconsultos da época clássica - principalmente Ulpiano, Paulo, Gaio, Papiniano e Modestino; c) as Instituições (*Institutiones Justiniani*), espécie de manual elementar destinado ao ensino do direito - obra mais clara e sistemática que o Digesto, foi redigida por dois juristas, Dorotéu e Teófilo, sob a direção de Triboniano; d) as Novelas (*Novellae*), recolha das constituições promulgadas por Justiniano após a publicação do *Codex*". WOLKMER, op. cit., p. 195.

⁹⁰ No Sacro Império Romano-Germânico, expressava o § 3 da Ordem da Corte Imperial (*Reichskammergerichtsordnung*) de 1495, que o juiz deveria julgar conforme o direito comum do reino ("*gleich zu richten ... nach des Reichs gemeinen Rechten*").

hispanicum ou *ius romano-saxonicum*".⁹¹ Ainda assim, era consenso que tais versões consistiam em variações regionais, isto é, diferentes manifestações de uma mesma tradição jurídica. Tal panorama receberia novos contornos com o advento das codificações de direito privado. A consciência de uma unidade intelectual fundamental foi, então, perdida, e o conhecimento jurídico foi degenerado, nas palavras de Rudolf von Jhering, a uma disciplina nacional de fronteiras intelectuais, as quais coincidem com aquelas políticas.⁹²

O processo de codificação do direito privado, a partir do final do século XVIII, é considerado, muito amplamente, como o ponto de virada no desenvolvimento de direito privado na Europa. O grande número e a complexidade das fontes legais contribuiu para um sentimento generalizado de insegurança e ineficiência jurídica sempre que a administração da justiça estava em causa. As codificações deveriam consertar tal situação confusa: elas deveriam proporcionar uma regulação sistemática de todo o direito privado, expulsando todas as fontes rivais, incluindo, em particular, o *ius commune*. As codificações levaram a "segunda vida" do direito romano a um fim, encerrando a sua aplicação prática na Europa.⁹³

Esse não era, contudo, o cenário nos territórios alemães a estender-se durante o século XIX. Não obstante o processo de codificação operar-se tardiamente em comparação com os demais países da Europa⁹⁴, continuou a persistir, ao longo do século, uma unidade intelectual fundamental nos territórios alemães⁹⁵. Essa unidade foi vigorosamente promovida

⁹¹ Sobre o desenvolvimento do direito privado na Alemanha, Cf.: ZIMMERMANN, Reinhard. The german civil code and the development of private law in Germany. In: Oxford U Comparative L Forum 1, Ano 2006. Disponível em: <<http://ouclf.iuscomp.org/articles/zimmermann.shtml>>. Acesso em: 06/04/2016.

⁹² JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1907) *apud* ZIMMERMANN, op. cit., item I. Jhering considerava esse estado de coisas "humilhante e indigno".

⁹³ ZIMMERMANN, op. cit., Item I. Nota n. 6. Para ilustrar, "Assim, dispunha o artigo 1 do Ato de Revogação Holandês (*Afschaffingswet*) [de 1829], em uma frase impregnada de medo, alívio e euforia: 'A validade jurídica do direito romano é e permanece revogada'". Tradução nossa.

⁹⁴ As três principais codificações, da Prússia, França e Áustria, tinha sido preparadas no final do século XVIII e início do XIX, e foram destinadas a satisfazer o desejo de uma unidade jurídica territorial. No decorrer do século XIX, a maior parte dos outros Estados da Europa central, sul e oeste já haviam codificado seu direito privado. O *Code civil* de Napoleão foi a principal fonte de inspiração: na Bélgica, tornou-se a base do *Dutch Burgerlijk Wetboek* de 1838; foi o ponto de partida do italiano *Codice civile* de 1865; do Código Civil Português de 1867; do Código Civil Espanhol de 1888-89; e do Código Civil Romeno de 1865. O Código Civil Sérvio de 1844, por outro lado, foi influenciado pelo Código austríaco. Cf.: ZIMMERMANN, op. cit., item II.

⁹⁵ A unidade em torno de uma ciência jurídica comum contrastava com o panorama jurídico-legal nos territórios que mais tarde comporiam a Alemanha: "Cada vez mais, portanto, a situação jurídica prevalecente na Alemanha do século XIX estava fadada a parecer estranha e anacrônica. Os territórios prussianos (incluindo Westphalia, Bayreuth, e Ansbach) eram regidos pelo *Preußisches Allgemeines Landrecht*. Na Província do Reno, na Alsácia e Lorena aplicava-se o *Code civil* [francês]. O Grão-Ducado de Baden tinha adotado o *Badisches Landrecht* que era baseado em uma tradução do *Code civil*. O Reino da Saxônia promulgou o seu próprio Código Civil em 1865. Alguns lugares na Baviera viviam de acordo com o direito austríaco, enquanto em algumas partes de Schleswig-Holstein prevaleceu a lei dinamarquesa. A maioria dos territórios alemães restantes (compreendendo, em 1890, perto de 30 por cento da população do *Deutsches Reich*) ainda administrava a justiça de acordo com o

pela Escola Histórica de Direito de Savigny e pela linha jurídica pandectista⁹⁶ que surgiu a partir dela. A versão contemporânea do direito romano proposta por Savigny⁹⁷ passou a influenciar não apenas as áreas ainda regidas pelo *ius commune*, mas também os territórios com direito codificado, já que nas universidades o direito romano era lecionado como parte da teoria jurídica fundamental.⁹⁸

Ou seja, enquanto os demais países europeus investiam seus esforços em promover uma ruptura com o *ius commune* através de codificações e do desenvolvimento de uma doutrina jurídica totalmente nova, nos territórios alemães as universidades apresentavam um ambiente extremamente favorável às pesquisas em direito romano e à recuperação do passado com vistas ao estabelecimento de uma conexão orgânica com o direito contemporâneo, o que resultaria em uma doutrina jurídica que, embora desenvolvida historicamente, estava em conformidade com as exigências de sua época.⁹⁹

Nesse contexto, foi na doutrina alemã que a *compensatio lucri cum damno* galgou maior espaço e importância, sobretudo a partir dos escritos de Friedrich Mommsen¹⁰⁰, estudioso do direito romano. Para o autor, o interesse patrimonial a ser reparado consistia na diferença entre a situação patrimonial da pessoa após o dano e a soma que o seu patrimônio apresentaria sem a interferência do evento danoso. A definição de *Interesse*¹⁰¹ por ele cunhada

ius commune. Mas o *ius commune* era aplicado somente *in subsidio*. Inúmeras leis territoriais ou locais mais específicas poderiam, portanto, viger em uma disputa em particular: a partir de textos do século XIII como o famoso *Sachsenspiegel* de Eike von Repgow, até o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1756 do Barão von Kreittmayr, desde a *Neumünsterische Kirchspielgebräuche* até o *Nassau-Katzenelnbogische Landesordnung*. Assim, por exemplo, havia ao todo mais de cem diferentes regulamentos relativos à sucessão por morte". ZIMMERMANN, 2006, item II. Tradução nossa.

⁹⁶ Aliam-se a Savigny outros grandes autores como Jhering, Windscheid, Puchta, Eichhor, Göschen.

⁹⁷ O título da obra de Savigny *System des heutigen Römischen Rechts* significa "Sistema do Direito Romano Contemporâneo". Tradução nossa.

⁹⁸ A visão de Savigny de um ensino jurídico "organicamente progressivo", com base em um corpo uniforme de fontes, guiado pelas mesmas convicções metodológicas, e comum a toda a nação - para Windscheid esta era a "revelação" - levou a Escola ao auge na Alemanha, bem como conquistou a admiração de muitos juristas em toda a Europa. Cf.: ZIMMERMANN, op. cit., item III.

⁹⁹ "O programa da 'Ciência Histórica do Direito', como fora desenvolvido por Savigny, no início do século XIX, também foi caracterizado por uma certa tensão. Ao passo que a ênfase em uma conexão orgânica entre o direito contemporâneo 'e todo o passado' levou a uma descoberta da disciplina moderna da história jurídica (anteriormente tinha sido apenas 'antiguidade jurídica'), Savigny, em última análise, visava uma ciência jurídica (ao invés de histórica), ou seja, o estabelecimento de uma doutrina jurídica que, embora desenvolvida 'historicamente', estava em conformidade com as exigências contemporâneas". ZIMMERMANN, op. cit., item III. Tradução nossa.

¹⁰⁰ MOMMSEN, Friedrich. *Zur Lehre von dem Interesse*. Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abteilung. Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), 1855.

¹⁰¹ "Sob *Interesse* no seu significado técnico nós entendemos, a saber, a diferença entre o montante do patrimônio de uma pessoa, que este mesmo apresenta em um dado momento, e o montante que esse patrimônio teria tido sem a interferência de um determinado evento danoso". MOMMSEN, op. cit., p. 3. Tradução livre de: "*Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage des*

corresponderia, mais tarde, ao que os pais do BGB entenderiam pelo conceito de dano,¹⁰² dando origem a uma fórmula tratada por teoria da diferença (*Differenzhypothese*), que ainda hoje é utilizada como critério para quantificação da reparação de danos materiais.¹⁰³

Com a aplicação da teoria da diferença, o autor observou que um mesmo evento danoso, por vezes, causava dano e também vantagem à vítima. Ora, se a indenização deve corresponder à diferença entre a situação resultante do evento danoso e aquela que existiria se este não houvesse ocorrido, então não apenas os prejuízos, mas também as vantagens devem ser levadas em conta. Nesse sentido:

O fato originário da pretensão indenizatória, contudo, pode, por um lado, infligir ao lesado um dano ou privá-lo de um lucro, por outro lado, proporcionar-lhe uma vantagem ou evitar uma desvantagem. (...) O natural e realmente por si só compreensível é que ambos sejam calculados em conjunto. Porque, de fato, existe a diferença entre a situação patrimonial do lesado e o montante que esse patrimônio teria tido sem a intervenção do evento danoso, somente no dano depois da dedução do *lucrum*. Se este último não fosse deduzido, então ao lesado seria proporcionado um enriquecimento através da indenização, enquanto, na verdade, a indenização tem apenas o propósito de afastar do lesado uma desvantagem. As razões internas manifestam-se, assim, por um cálculo em conjunto do dano e da vantagem; o mesmo era reconhecido pelos juristas romanos em algumas aplicações das mais inequívocas.¹⁰⁴

Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde".

¹⁰² "Os pais do BGB tiveram em mente o conceito de dano que Friedrich Mommsen tinha transcrito já em 1855 em sua definição de interesse. (...) Essa chamada hipótese da diferença dominou, por muito tempo e de forma incontroversa, o direito de danos, especialmente a práxis." MAGNUS, Ulrich. *Schaden und Ersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987. p. 9. Tradução livre de: "*Die Väter des BGB hatten den Schadensbegriff vor Augen, den Friedrich Mommsen bereits 1855 in seiner bekannten Definition des Interesses umschrieben hatte. (...) Diese sog. Differenzhypothese hat das Schadensrecht lange und insbesondere die Praxis unangefochten beherrscht.*"

¹⁰³ A teoria da diferença (*Differenzhypothese*) ainda é utilizada para o cálculo da reparação por danos materiais emergentes. Consiste em uma observação objetiva da situação patrimonial do lesado anterior e posterior ao dano, sendo a diferença aritmética apurada equivalente ao valor devido a título de indenização. Nesse sentido, cf.: LOOSCHELDERS, 2011, p. 302. "*Bei den Vermögensschäden erfolgt die Feststellung und Berechnung des Schadens im Ausgangspunkt nach der Differenzhypothese. Maßgeblich ist ein Vergleich zwischen der bestehenden Güterlage und der Güterlage, die ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre.*"

¹⁰⁴ MOMMSEN, 1855, p. 192. Tradução livre. Por *Interesse* o autor designa a diferença patrimonial observada com o evento danoso que deve ser "reembolsada". Traduziu-se "*Erstattung des Interesse*", literalmente "reembolso do interesse", por indenização. Texto original: "*Die zur Leistung des Interesse verpflichtende Thatsache kann aber auf der einen Seite dem Beschädigten einen Schaden zugefügt oder einen Gewinn entzogen, auf der anderen Seite ihm einen Vortheil gebracht oder einen Nachtheil von ihm abgewendet haben. (...) Das natürliche und eigentlich ganz von selbst sich Verstehende ist, daß Beides zusammengerechnet wird. Denn in der That besteht die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensbestande des Beschädigten und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft des beschädigenden Ereignisses gehabt hätte, nur in dem Schaden nach Abzug des lucrum. Würde das Letztere nicht in Abzug gebracht, so würde dem Beschädigten durch die Erstattung des Interesse eine Bereicherung zu Theil werden, während doch die Erstattung des Interesse nur den Zweck hat, einen Nachtheil von dem Beschädigten abzuwenden. Die inneren Gründe sprechen also für eine Zusammenrechnung des Schadens und Vortheils; auch wird dieselbe von den römischen Juristen in einigen Anwendungen auf das unzweideutigste anerkannt.*"

O mérito maior da teoria foi deslocar o ponto de vista do bem concreto que experimentou o dano para a totalidade do patrimônio da vítima, permitindo, assim, que se englobassem as perdas provocadas e os lucros prováveis não obtidos, bem como os gastos habituais não realizados e as vantagens percebidas.¹⁰⁵

Em razão disso, buscava-se a solução da *compensatio lucri cum damno* em íntima relação com o conceito de dano e com a quantificação do dano. Nesse momento, os autores em geral tinham por base a compensação do lucro com o dano, sendo que a não compensação era considerada uma exceção a ser devidamente fundamentada.¹⁰⁶

A partir da metade do século XIX, a controvérsia acerca de uma codificação de direito privado na Alemanha, marcada pelo famoso debate entre Savigny e Thibaut¹⁰⁷, foi, aos poucos, superada pelo consenso de que um código civil geral era necessário, indicando que o fim da aplicação direta do direito romano estava para chegar. Em 1848, Theodor Mommsen¹⁰⁸ expressou o desejo da nação alemã para a criação de uma lei uniforme e nacional, enquanto Rudolf von Jhering previu, em 1852, que a sua própria geração de juristas veria o fim do direito romano na sua forma atual.¹⁰⁹

Zimmermann¹¹⁰ explica que mesmo dentro da Escola Histórica existiu uma ambivalência em relação à questão da codificação alemã. Em 1861, o editorial do primeiro volume da Revista de História do Direito (*Zeitschrift für Rechtsgeschichte*), ao mesmo tempo em que professava a continuidade do plano e dos objetivos do Jornal da Ciência Histórica do Direito (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*) de Savigny, dava expressão à

¹⁰⁵ Nesse sentido: DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 309. "Para resolver toda esta serie de problemas de pérdidas efectivas, gastos y ganancias frustradas, y permitir una visión de conjunto, F. Mommsen (sic.) acuñó la llamada 'teoría de la diferencia', cuyo mérito mayor consistió en trasladar el punto de vista del concreto bien en el que se ha experimentado el daño al total patrimonio del perjudicado, lo que permite englobar pérdidas, gastos y ganancias no obtenidas. Lo que hay que reconstruir idealmente para medir la indemnización no es la situación concreta del bien dañado, sino la situación patrimonial del perjudicado."

¹⁰⁶ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 490.

¹⁰⁷ O início do século XIX foi marcado pelo famoso debate entre Savigny e Thibaut [THIBAUT, A.F.J., *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814)] acerca de uma codificação do direito privado na Alemanha. "O 'manifesto fundador' da Escola Histórica foi a resposta de Savigny ao apelo de A.F.J. Thibaut para acabar com a intolerável e inconveniente diversidade de leis em direito privado prevalecentes na Alemanha, através da adoção de um Código Civil Geral alemão, baseado no modelo do Código Francês. Em seu famoso ensaio intitulado '*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*' (Da Vocaçao do nosso Tempo para Legislação e Ciência Legal) [1814], Savigny não só rejeitou a ideia de uma codificação a ser elaborada e promulgada *hic et nunc*, mas criticou a própria noção de codificação, como inorgânica, não-científica, arbitrária e hostil à tradição. Na melhor das hipóteses, não era necessária; na pior das hipóteses, seria distorcer e sufocar o desenvolvimento jurídico 'orgânico'". ZIMMERMANN, 2006, item IV. Tradução livre.

¹⁰⁸ THEODOR MOMMSEN, C. M.. Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft. In: *Gesammelte Schriften*, vol. III (1907), 587 *apud* ZIMMERMANN, op. cit., item IV.

¹⁰⁹ ZIMMERMANN, op. cit., item IV.

¹¹⁰ *Ibidem*.

convicção generalizada de que o desenvolvimento histórico do direito poderia, agora, ser avaliado "para os resultados da investigação histórica a ser empregada no processo legislativo". E até mesmo um dos discípulos mais fiéis de Savigny, Bernhard Windscheid, estava entre os proponentes de uma codificação alemã. Entre os advogados alemães, escreveu ele em 1878, "provavelmente há relativamente poucos que não tenham, com toda a força da alma à sua disposição, ansiado pela grande obra de um código alemão de direito privado"¹¹¹.

Assim, a entrada em vigor do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB), no primeiro dia do novo século, foi recebida com fortes sentimentos de orgulho nacional. Registrou a primeira edição de *Juristische Wochenschrift* (1900), uma das principais revistas de direito voltadas à prática: "O novo século traz à fruição o maior feito alcançado na vida jurídica alemã", enquanto o *Deutsche Juristenzeitung* (Jornal dos Juristas alemães) abriu sua edição de janeiro do ano de 1900 com uma página ornamental levando o título: "Um só povo. Um Império. Uma lei". Pela primeira vez, a noção de unidade jurídica tornou-se realidade em solo alemão, e as energias de estudiosos e profissionais poderiam incidir sobre a interpretação de um único e mesmo texto oficial.¹¹²

Essa virada histórica, contudo, não deverá representar prejuízo ao estudo da *compensatio lucri cum damno*, como se pretende demonstrar nos próximos capítulos, já que os intérpretes da nova lei permaneceram os mesmos e lograram receber as mudanças sem quebra de continuidade em relação à sua jurisprudência anterior.¹¹³ Pelo contrário, alia-se a isso o fato de os legisladores do BGB terem delegado à doutrina e à jurisprudência a solução do problema da *compensatio lucri cum damno*.

Assim, não apenas a origem da *compensatio lucri cum damno* no Direito Romano, a sua recepção e o seu desenvolvimento pelos juristas pandectistas alemães, como também a codificação tardia que se realizou na Alemanha e a continuidade da jurisprudência promovida pelos seus tribunais justificam o enfoque do presente trabalho no desenvolvimento do instituto na Alemanha pós-BGB, a partir do próximo capítulo.

¹¹¹ WINDSCHEID, Bernhard. *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* (1878), p. 70 apud ZIMMERMANN, 2006, item IV.

¹¹² ZIMMERMANN, op. cit., item IV.

¹¹³ "Onde o *Reichsgericht* [tribunal alemão] desenvolveu a lei, há geralmente ou linhas evidentes ou disfarçadas de continuidade, ligando a nova lei ao velho direito: ou porque os juízes simplesmente perpetuaram sua jurisprudência anterior, ou porque eles estenderam uma linha de desenvolvimento que teve a sua origem no século dezenove. (...) A grande conquista do *Reichsgericht* reside no fato de ter, desde o início, desenvolvido cautelosamente o direito e adaptado às novas e dinâmicas circunstâncias, ao mesmo tempo em que evitava qualquer quebra de continuidade". ZIMMERMANN, op. cit., item V. Tradução nossa.

2. DESENVOLVIMENTO DO INSTITUTO *VORTEILSAUSGLEICHUNG* NO DIREITO ALEMÃO

Antes de tratar desenvolvimento do instituto *Vorteilsausgleichung* na Alemanha, não se pode deixar de retomar breves considerações acerca da história jurídica alemã do último século. Como se demonstrou no item 1.4, o direito privado alemão que se tem hoje teve seus contornos mais claramente delineados a partir de 1900, quando o BGB entrou em vigor. Até então tinha-se no *Gemeines Recht* (*ius commune*), o direito comum aos povos germânicos, e nas mais diversas normas que coexistiam no seu então território o que se conhecia por direito, o que foi quase por completo abandonado, de uma só vez, com o BGB.

Como se viu, ao que tudo indica, *compensatio lucri cum damno* era o termo utilizado pelos doutrinadores alemães à época do *Gemeines Recht*. Honsell¹¹⁴ refere-se à expressão *compensatio lucri cum damno* como o instituto jurídico do *Gemeines Recht* em que residem os primeiros traços da doutrina do que hoje se denomina *Vorteilsausgleichung*. É possível observar, inclusive, o abandono do uso da expressão *compensatio lucri cum damno* nos títulos das obras publicadas logo antes e imediatamente depois da entrada em vigência do BGB em 1900, como se nota:

LARENZ, *Compensatio lucri cum damno* (1896).
 EICHHOFF, *Compensatio lucri cum damno* (1898).
 WALSMANN, *Compensatio lucri cum damno* (1900).
 OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht* (1901).
 EBERT, *Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung mit besonderer Berücksichtigung des Enteignungsrechtes* (1906).
 DECKER, *Die Vorteilsausgleichung beim Erfüllungsanspruch nach dem BGB* (1906).

Por essas razões, a partir de agora, não mais se adotará, no presente trabalho, a denominação *compensatio lucri cum damno* empregada no primeiro capítulo, que tratou de apresentar o instituto na sua acepção clássica, comum aos países de tradição jurídica romano-germânica, abordando o seu lugar na responsabilidade civil, o seu conceito, a sua natureza, os fundamentos e requisitos clássicos à sua configuração, a sua origem e resenha histórica.

¹¹⁴ Vide Nota de Rodapé n. 86. Literalmente em HONSELL, 2015, p. 149: "*Pomp. (D. 17, 2, 23, 1) zitiert den Kaiser Mark Aurel 'abstine commodum..., si damnum petis.'* - Enthalte dich des Gewinns..., wenn du Schadensersatz verlangst. Bei dieser Stelle liegen die Anfänge der **gemeinrechtlichen compensatio lucri cum damno**, der noch **heute** in vielem zweifelhaften Lehre von der **Vorteilsausgleichung**" (Grifo nosso). *Vorteil* significa vantagem, e *Ausgleichung* exprime a ideia de dedução, ajuste de contas, desconto, trazer à conta.

O capítulo que se inicia debruça-se sobre o desenvolvimento do instituto na Alemanha após a vigência do BGB, razão pela qual se passará a adotar a denominação *Vorteilsausgleichung*, no intuito de guardar coerência com a doutrina e com a jurisprudência que se desenvolveram a partir de então.

Não se é dado ao comparatista analisar um recorte isolado do sistema, cabendo considerações iniciais, ao menos, quantos àqueles aspectos particulares do ordenamento jurídico estrangeiro, que são estranhos ao sistema brasileiro. O panorama que se traçará da responsabilidade civil no direito alemão será, inevitavelmente, simplificado,¹¹⁵ mas servirá para apresentar aspectos relativos à limitação da responsabilidade civil adotados pelo legislador do BGB, que refletem, invariavelmente, na jurisprudência e na doutrina que se desenvolveram também para limitar, de certa forma, a dedução das vantagens percebidas pela vítima do dano.

Após traçar breves considerações acerca do modelo de responsabilidade civil instituído pelo legislador do BGB e de como a doutrina e a jurisprudência reagiram às limitações impostas, passa-se à análise da *Vorteilsausgleichung* propriamente dita, primeiramente quanto ao reconhecimento e ao posicionamento dos redatores do BGB sobre o instituto. Em seguida, apresenta-se o desenvolvimento da jurisprudência e a crítica doutrinária frente aos critérios elaborados pelos tribunais.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BGB

No direito alemão, a responsabilidade civil dita delitual (*Deliktsrecht*), isto é, a responsabilidade aquiliana - que se origina de um ato ilícito sem que exista uma relação jurídica prévia entre agente e vítima -, foi concebida de forma a proporcionar uma solução intermediária para o problema da insegurança que, por um lado, uma única cláusula geral de

¹¹⁵ Por se tratar de uma monografia de conclusão do Curso de Graduação em Direito, não será o objeto do presente trabalho o estudo aprofundado de cada elemento da responsabilidade civil alemã, bastando para o estudo proposto apresentar a responsabilidade civil no BGB e o estado da arte das teorias que serão utilizadas, pela jurisprudência e pela doutrina, para o desenvolvimento dos critérios relativos à aplicação da *Vorteilsausgleichung*. A bibliografia adotada sobre o direito alemão consiste nos manuais comumente utilizados pelos estudantes da graduação nas faculdades alemãs e é baseada, essencialmente, na prática diária dos juristas alemães (LOOSCHELDERS, *Schuldrecht AT* e *Schuldrecht BT*, KÖTZ/WAGNER, *Deliktsrecht*). Para considerações teóricas mais aprofundadas sobre o tema, cf. REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil - a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. 293 p. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

responsabilidade civil poderia causar, e da casuística que, por outro lado, a tipificação de atos ilícitos específicos ensinaria - como era a prática anterior ao BGB, em decorrência de uma herança do direito romano.¹¹⁶

Os pais do BGB por muito tempo discutiram se deveriam seguir o modelo do código civil francês e elaborar uma única cláusula geral de responsabilidade civil, como a consequência de todo e qualquer ato ilícito causador de um dano. Para os autores, uma cláusula assim geral iria apenas mascarar as dificuldades já existentes e descarregá-las sobre os juízes para que solucionassem, à sua maneira, os problemas - o que, para o povo alemão, não corresponde à função do poder judiciário. Outrossim, constava do Protocolo II de 1898 o receio de que os juízes alemães, face à ausência de critérios fixos determinados em lei, "pudessem cometer excessos similares àqueles demonstrados em numerosos julgamentos das cortes francesas".¹¹⁷

Para solucionar a questão, foram elaboradas três cláusulas gerais, delimitando três agrupamentos de delitos civis distintos: (a) uma cláusula sobre a responsabilidade pela violação de direitos subjetivos (*Haftung wegen Eingriffs in subjektive Rechte*)¹¹⁸, cujo escopo é limitado à violação dos bens jurídicos especificamente enumerados no § 823 I BGB, que dispõe: "Aquele que, dolosamente ou por negligência, lesionar de forma antijurídica a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de alguém, está perante este obrigado à indenização dos danos resultantes"¹¹⁹; (b) uma cláusula referente à responsabilidade pela violação de um direito objetivo (*Haftung wegen Eingriffs in objektive Rechte*), disposta no § 823 II BGB¹²⁰, impondo a obrigação de indenizar àquele que violar

¹¹⁶ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 45.

¹¹⁷ Ibidem, p. 45. Tradução livre de: "*Die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben lange geschwankt, ob sie nach dem Vorbild des französischen Code Civil die Schadenersatzpflicht allgemein als die Folge widerrechtlich-schuldhafter Schadenszufügung ansehen und eine entsprechende Generalklausel aufstellen sollten. (...) Eine Solche Generalklausel - so meinte man - würde nur die vorhandenen Schwierigkeiten verdecken und deren Lösung auf den Richter abladen; das aber entspreche nicht der im deutschen Volke herrschenden Auffassung von der Stellung des Richteramts. Auch sei zu befürchten, dass die deutschen Richter, wenn man sie nicht an gesetzlich fixierte Maßstäbe binde, zu ähnlichen Auswüchsen gelangen werden, welche zahlreiche Urteile der französischen Gerichte aufweisen*" [Protokolle II, 1898, 571].

¹¹⁸ Optou-se pela tradução literal da bibliografia adotada no desenvolvimento do trabalho. Não se ignora, contudo, o emprego da expressão "bens jurídicos absolutamente protegidos" (*absolut geschützte Rechtsgüter*) sugerido por Fikentscher e Heinemann, com base na crítica de Larenz, para quem a vida, o corpo, a saúde e a liberdade não são "direitos subjetivos". Sobre o tema: REINIG, 2015. Aqui o autor optou pela expressão "direitos absolutos" em vez de "direitos subjetivos", cf. nota de rodapé n. 29, p. 21.

¹¹⁹ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 823 I. Tradução livre de: "*Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet*".

¹²⁰ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 823 II: "A mesma obrigação é imposta àquele que viola uma lei que se destina à proteção de outrem. Se, conforme o conteúdo da lei, a violação desta é possível mesmo sem

uma norma destinada à proteção de outrem; (c) a cláusula contida no § 826 BGB¹²¹, que obriga à indenização o responsável por causar dano a outrem de forma dolosa e contrária aos bons costumes.¹²²

Além da previsão desses delitos básicos, o BGB manteve um número considerável de dispositivos referentes a condutas ilícitas específicas, que definem, precisamente, as circunstâncias e os requisitos para a responsabilização do agente *in casu*.¹²³

A restrição da responsabilidade do § 823 I à violação de um dos direitos ou bens jurídicos enumerados é considerada uma das principais particularidades do sistema alemão nos estudos de direito comparado.¹²⁴

Assim, para que uma conduta provoque a responsabilidade prevista nesse dispositivo, deverá cumprir o primeiro requisito, qual seja, a violação do escopo de proteção da norma em Responsabilidade Civil (1), ou seja, uma lesão a algum daqueles bens jurídicos ali nomeados ou adicionalmente desenvolvidos pela jurisprudência.¹²⁵

A obrigação de indenizar imposta pelo § 823 I pressupõe, ainda, que ao agente seja imputável a violação de um dever jurídico (2), seja por ter infringido o bem jurídico dolosamente e de forma a exceder o risco permitido, seja por não observar os deveres de cuidado necessários (§ 276 II). Caso não se entenda pela aplicação dos deveres de cuidado (*Sorgfaltspflichten*) a que esteja obrigado o autor do dano no interesse do bem jurídico de outrem, tais deveres serão a base para fundamentar os critérios que foram desenvolvidos para

culpa, então a obrigação de indenizar somente é imposta em caso de culpa". Tradução livre de: "*Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein*".

¹²¹ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 826: "Aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa dolosamente dano a outrem, é obrigado, perante este, à reparação do prejuízo". Tradução livre de: "*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*".

¹²² KÖTZ/WAGNER, 2013, pp. 45-46.

¹²³ Para ilustrar, o § 824 BGB regula a situação em que uma pessoa é responsável perante aquela contra a qual disseminou um fato inverídico, comprometendo-lhe o crédito ou causando desvantagens para a sua subsistência; enquanto o § 825 dispõe sobre o ato de induzir outra pessoa a realizar ou concordar com atos de abuso sexual.

¹²⁴ Nesse sentido, cf.: WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias (Org.); ZIMMERMANN, Reinhard (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2006. pp. 1013 e ss.. Cf. também: PETEFFI DA SILVA; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael (Org.); CELLA, José Renato Gaziero (Org.). *I Encontro de Internacionalização do CONPEDI* - Barcelona/Espanha. v. 8. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015.

¹²⁵ KÖTZ/WAGNER, op. cit., p. 60. Tradução livre de: "*(1) Schutzbereichsverletzung: Erste Voraussetzung der Haftung aus § 823 I ist die Eröffnung des Schutzbereichs der Deliktsrechts, also eine Beeinträchtigung eines der dort genannten oder von der Rechtsprechung zusätzlich entwickelten Rechtsgüter*".

os chamados deveres de tráfego (*Verkehrspflichten*).¹²⁶

Por *Verkehrspflichten* compreendem-se deveres genéricos de cuidado e de prevenção do risco, isto é, o dever que aquele que instaura ou mantém uma situação especial de perigo tem de o remover, sob pena de responder pelos danos causados pela sua omissão, a exemplo do dever de diligência no trânsito. Sua violação é tratada no âmbito da responsabilidade civil aquiliana, conforme o seu desenvolvimento pela jurisprudência do *Reichsgericht*¹²⁷; mas alguns autores relacionam o seu conceito como um aspecto da culpa do § 276 II, que impõe deveres gerais de cuidado (*Sorgfaltspflichten*).¹²⁸ Para Kötz e Wagner¹²⁹, "o fato é que: os deveres de segurança são apenas outro nome para os deveres gerais de cuidado do § 276 II, cujo desrespeito constitui negligência. Se por meio desta foi inaugurada a responsabilidade civil, então ela será tratada no contexto do delito do § 823 I".

A violação do dever jurídico deve ter causado, outrossim, a violação do bem jurídico (3).¹³⁰ Em apertada síntese, os autores alemães fazem distinção entre a causalidade que origina a violação do bem jurídico protegido (*haftungsbegründende Kausalität* - literalmente, causalidade que fundamenta a responsabilidade) e a causalidade que gera o dano (*haftungsausfüllende Kausalität* - causalidade que completa ou preenche a responsabilidade). É, pois, necessária uma dupla prova da causalidade: deve existir nexo causal entre a conduta ilícita e a violação do bem jurídico, bem como um nexo causal desta com o dano.¹³¹

¹²⁶ KÖTZ/WAGNER, 2013, pp. 60-61. Tradução livre de: "(2) Pflichtverletzung: Die Einstandspflicht des Schädigers setzt weiter voraus, dass ihm eine Pflichtverletzung anzulasten ist, sei es, dass er vorsätzlich und unter Überschreitung des erlaubten Risikos in das Rechtsgut eingegriffen hat, sei es, dass die Gebote der verkehrserforderlichen Sorgfalt (§ 276 II) außer acht gelassen wurden. Sofern sich nicht von selbst versteht, dass dem Schädiger Sorgfaltspflichten im Interesse der Rechtsgüter anderer oblagen, sind diese anhand derjenigen Kriterien zu begründen, die für die sog. Verkehrspflichten entwickelt worden sind".

¹²⁷ RGZ 52, 373 apud KÖTZ/WAGNER, op. cit., p. 58.

¹²⁸ SCHUR, Wolfgang. *Leistung und Sorgfalt: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 142. Tradução livre de: "Die Verkehrspflicht dient im Rahmen des § 823 I BGB der Begründung einer unerlaubten Handlung und damit auch erst der Begründung eines Schuldverhältnisses i.w.S. Im Gegensatz dazu wird mit den unselbständigen Sorgfaltspflichten, aber auch den selbständigen Sorgfaltspflichten ein Verhalten als Verletzung der sich aus einem bereits bestehenden Schuldverhältnis ergebenden Pflichten qualifiziert. Damit sind Sorgfaltspflichten ganz allgemein nicht auf die Begründung des Schuldverhältnisses bezogen, sondern auf den Schutz des bereits bestehenden Schuldverhältnisses. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen deliktischer Haftung und - vereinfacht gesprochen - vertraglicher Haftung widerspiegelt".

¹²⁹ KÖTZ/WAGNER, op. cit., p. 59. Tradução livre de: "Nach allem bleibt es dabei: Die Verkehrspflichten sind nur ein anderer Name für die allgemeinen Sorgfaltsgebote des § 276 II, deren Außerachtlassung die Fahrlässigkeit ausmacht. Da letztere das Handlungsrecht begründet, sind sie im Rahmen des Tatbestands des § 823 I zu prüfen".

¹³⁰ Ibidem, p. 61. Tradução livre de: "(3) Haftungsbegründende Kausalität und Zurechnung: Die Pflichtverletzung muss die Rechtsgutsverletzung verursacht haben."

¹³¹ LOOSCHELDERS, 2011, p. 305. "Im Rahmen einiger Haftungsnormen muss zwischen zwei Phasen der Kausalität unterschieden werden: der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität. Die

Para a prova do nexo causal, a doutrina e jurisprudência alemãs referem-se aos critérios propostos pela teoria da equivalência das condições (*Äquivalenztheorie*), com o filtro da teoria da causalidade adequada (*Adäquanztheorie*) de von Kries e demais critérios de prognóstico objetivo e retrospectivo desenvolvidos por Rümelin,¹³² para avaliar qual ou quais das condições apuradas são causas adequadas à consecução do resultado - porque agravam significativamente o risco de determinado tipo de dano ocorrer realmente¹³³ - e, por conseguinte, juridicamente relevantes.

Entretanto, para resolver os casos difíceis que chegaram aos tribunais alemães, os juristas passaram a ceder a julgamentos de valor, estranhos à noção de causalidade pura e simples, sobretudo quando ficou claro que em algum momento teria que ser determinado como esse agravamento do risco e o aumento da probabilidade de ocorrência do dano teria de ser avaliado *in casu*.¹³⁴ Nesse sentido, decisões mais recentes demonstram que a corte tende a reconhecer que o problema que eles devem resolver com tais critérios não é "exatamente de causalidade, mas a descoberta de um mecanismo corretivo, que possa limitar as consequências puramente lógicas nos interesses da equidade"¹³⁵.

Como resultado do esforço para a limitação da responsabilidade através de uma noção normativa de causalidade, foi desenvolvida a teoria do escopo da norma (*Schutzzwecktheorie*)¹³⁶, primeiramente elaborada por Rabel¹³⁷ no âmbito da responsabilidade contratual e, em seguida, notadamente desenvolvida por von Caemmerer¹³⁸. Conforme essa teoria, o dano somente será imputável se estiver dentro do escopo de proteção da norma

haftungsbegründende Kausalität betrifft den Zusammenhang zwischen Verhalten des Schädigers und einem bestimmten Erfolg, insbesondere dem Eintritt einer Rechtsgutsverletzung. Dem steht die haftungsausfüllende Kausalität gegenüber, die eine Verbindung zwischen Erfolg und Schaden voraussetzt. Es ist daher eine doppelte Kausalitätsprüfung erforderlich". Também nesse sentido, cf.: MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4. ed. Portland: Hart Publishing, 2002. p. 106 e ss.

¹³² Cf. ponto 1.3 do primeiro capítulo.

¹³³ MARKESINIS/UNBERATH, op. cit., pp. 106-107. Texto original: "*The defendant's conduct (...) will further qualify as an adequate cause of that harm if it is such that it significantly increases the risk of the type of harm which actually occurs*".

¹³⁴ Ibidem, p.107.

¹³⁵ BGHZ 30, 154, 157 *apud* MARKESINIS/UNBERATH, op. cit., p. 108. Tradução livre de: "*(...)more recent court decisions have shown a marked inclination to state that the problem they have to solve is not 'exactly one of causality but rather the discovery of a corrective device which can limit the purely logical consequences in the interests of equity*". Cf. também nesse sentido: BGHZ 3, 261, 267.

¹³⁶ Sobre a teoria do escopo da norma no direito alemão, cf. REINIG, 2015.

¹³⁷ RABEL, *Das Recht des Warenkaufs* (1936) *apud* MARKESINIS/UNBERATH, op. cit., p. 108.

¹³⁸ VON CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht* (1956), reproduzido em: *Gesammelte Schriften I* (1968), 395 *apud* MARKESINIS/UNBERATH, op. cit., p. 108. Sobre a insuficiência da teoria da adequação, Von Caemmerer demonstrou, mediante um exaustivo exame da jurisprudência do *Reichsgericht*, que somente com base na causalidade adequada, a corte não era capaz de negar a existência do nexo causal na maioria dos casos.

violada, isto é, corresponder justamente ao mal que a norma que fundamenta o dever de indenizar foi elaborada para prevenir.¹³⁹

Por meio da teoria do escopo da norma, analisa-se uma possível transposição da verificação do escopo de proteção da norma violada da responsabilidade prevista no § 823 II para o delito do § 823 I.¹⁴⁰ Não é unânime entre os autores qual seria a norma de referência para a investigação do escopo de proteção, ora restringindo-a à norma de conduta violada, ora apontando o significado do suporte fático da norma de responsabilidade civil (§ 823 BGB),¹⁴¹ e, por conseguinte, os deveres gerais de cuidado, ou os chamados deveres de trânsito (*Verkehrspflichten*).¹⁴²

Kötz e Wagner¹⁴³ situam a teoria do escopo da norma como uma prova a mais para a aferição do "nexo de imputação" (*Zurechnungszusammenhang*), ao lado da teoria da adequação, como a teoria que proporciona os critérios que faltam a esta última, para determinar a imputação de determinado dano à violação da norma e, assim, proporcionar uma limitação normativa à responsabilidade.

De fato, a teoria do escopo da norma vem conquistando a jurisprudência e doutrina majoritárias,¹⁴⁴ como um critério geral de limitação da responsabilidade. Consoante a relativamente recente decisão do BGH, há responsabilidade somente quanto àqueles resultados lesivos "que derivam do âmbito do perigo, para cuja prevenção a norma violada foi instituída"¹⁴⁵. Ou seja, em outras palavras, o dano para ser indenizável deverá estar inserido no "âmbito de proteção" (*Schutzbereich*) da norma violada.¹⁴⁶

Por outro lado, a preocupação teórica da academia alemã com a limitação da responsabilidade através da causalidade não tem impedido os tribunais de indicar, mais de uma vez, que a solução deve, ao final, ser ditada pela razoabilidade e pela equidade.¹⁴⁷

Nesse ponto, prevalece outro aspecto da tese de von Caemmerer, para quem o problema da causalidade resolve-se, na verdade, com base em critérios normativos, e não propriamente de causalidade, para o que concorrem questões de razoabilidade e de equidade

¹³⁹ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 86; MARKESINIS/UNBERATH, 2002, p. 108.

¹⁴⁰ REINIG, 2015, p. 10.

¹⁴¹ Ibidem, p. 129.

¹⁴² KÖTZ/WAGNER, op. cit., p. 86.

¹⁴³ Ibidem, p. 84 e ss., p. 93 e ss.

¹⁴⁴ REINIG, op. cit., p. 131.

¹⁴⁵ BGH VersR 2012, 905 *apud* KÖTZ/WAGNER, op. cit., p. 93. Tradução livre de: "(...) *die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen [wurde]*".

¹⁴⁶ REINIG, op. cit., p. 164.

¹⁴⁷ Cf. BGHZ 3, 261, 267; BGHZ 30, 154, 157 *apud* MARKESINIS/UNBERATH, op. cit., p. 103.

(*Zumutbarkeits- und Billigkeitsfragen*), reconhecendo o autor a importância da casuística.¹⁴⁸

Segundo Reinig¹⁴⁹, von Caemmerer amplia o sentido de escopo da norma, referindo-se de forma genérica ao "sentido e escopo da reparação do dano" (*Sinn und Zweck des Schadensersatz*) e, dessa forma, ao desvincular a análise do escopo de proteção da norma específica violada, o autor a transforma numa cláusula geral, por meio da qual diversos critérios de ordem jurídico-política são utilizados para decidir sobre os limites da responsabilidade.

Posteriormente, Stoll¹⁵⁰, ao invocar a expressão "sentido e escopo da reparação do dano", fará dissociando-a da teoria do escopo da norma, o que para Reinig¹⁵¹ é a perspectiva mais correta, uma vez que "o sentido exato da teoria do escopo da norma é interpretar a específica norma de conduta violada; já o sentido e escopo da reparação do dano diz com o dimensionamento do dano".

Assim, em apertada síntese, a funcionalidade da investigação do escopo da norma violada limita-se, para Stoll, à fase da fundamentação da responsabilidade, quando se analisa a violação do dever jurídico e a violação ao bem juridicamente tutelado. Quanto à fase de dimensionamento do dano, não interessam ponderações esquemáticas de causalidade, sendo bastante para a sua limitação a atuação da teoria da diferença e do princípio da reparação integral como diretrizes gerais, orientando variados pontos de vistas normativos empregados na casuística, para a distinção de grupos de casos. Neste ponto, sim, residiria a contribuição do princípio diretivo do "sentido e escopo da reparação do dano", para auxiliar uma aplicação do postulado da reparação integral associada ao caso concreto.¹⁵²

Tendo em vista os debates doutrinários, deve-se atentar, pois, na distinção entre as diversas aplicações possíveis da expressão "sentido e escopo" (*Sinn und Zweck*) e buscar situá-la, quando utilizada, na fase da imputação da responsabilidade correspondente, o que será de suma relevância para a análise da jurisprudência referente à *Vorteilsausgleichung*.

Sob o escopo do § 823 I, serão indenizáveis os danos materiais que forem consequências adequadas da violação do bem ou interesse juridicamente tutelado. Quanto aos danos não materiais, serão indenizáveis os que forem conexos à violação de um dos bens

¹⁴⁸ REINIG, 2015, p. 162;

¹⁴⁹ Ibidem, p. 162.

¹⁵⁰ STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht* (1968) *apud* REINIG, op. cit., p. 202.

¹⁵¹ REINIG, op. cit., p. 202.

¹⁵² Ibidem, pp. 198-202.

jurídicos previstos no § 253 II: o corpo, a saúde, a liberdade ou autodeterminação sexual.¹⁵³

A partir da análise dos bens jurídicos protegidos pela cláusula do § 823 I BGB, vale voltar especial atenção aos interesses jurídicos que foram omitidos pelo legislador, como por exemplo aqueles interesses puramente patrimoniais (*reine Vermögensinteresse*) e os relativos à personalidade, como a honra, dignidade e privacidade. Em síntese, tais interesses gozarão de proteção extracontratual apenas quando o suporte fático enquadrar-se em alguma outra norma, como por exemplo o § 823 II BGB, o qual requer, como se viu, a violação de uma norma de proteção, isto é, o descumprimento de um dever legal de proteção à vítima; ou o § 826 BGB, no caso em que o dano puramente econômico, por exemplo, tenha sido causado de forma intencional e *contra bonos mores*.¹⁵⁴

Sem embargo, o direito contratual tem se encarregado de expandir a responsabilidade civil na Alemanha, aspecto este que também é considerado uma das principais particularidades do sistema alemão nos estudos de direito comparado.

A tendência para soluções contratuais em responsabilidade civil foi fruto de dois movimentos concorrentes, quais sejam, o reconhecimento pelo BGB de contratos em favor de terceiros (§ 328 e ss. BGB) e o desenvolvimento, pela doutrina alemã, da noção de deveres de proteção à vida, à integridade física e à propriedade (*Schutzpflichten*) anexos ao contrato, o que, na verdade, acabou por criar um reflexo do dever geral de conduta da responsabilidade civil aquiliana.¹⁵⁵

A combinação dos princípios que fundamentam ambos os institutos deu origem ao contrato com eficácia de proteção a terceiros (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte*), o qual confere a vítimas, que não possuam qualquer relação jurídica anterior com o autor do dano, uma pretensão indenizatória decorrente do contrato que este travou com uma seguradora, por exemplo. Como o escopo de proteção do direito contratual não está limitado à integridade física e a propriedade tangível, o contrato com eficácia de proteção a terceiros permite a compensação por perdas puramente econômicas.¹⁵⁶

¹⁵³ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 61. Texto original: "(6) Schaden und haftungsausfüllende Kausalität: Im Rahmen des § 823 I ersatzfähig sind sämtliche Vermögensschäden, die als adäquate Folgen der Rechtsgutsverletzung eingetreten sind. Bei Nichtvermögensschäden kommt es darauf an, dass eines der in § 253 II aufgezählten Rechtsgüter verletzt ist".

¹⁵⁴ WAGNER, 2006, p. 1013.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 1018.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 1018. Em outros casos, a mesma função é sustentada pelo conceito de *culpa in contrahendo*, o que permitiu o florescimento da responsabilidade contratual em áreas em que ninguém tinha previamente estabelecido nada parecido com um contrato.

A tais aspectos soma-se, ainda, a proeminência das soluções securitárias para a indenização de danos, seja por meio da previdência social e dos muitos seguros obrigatórios previstos em lei, seja através de contratos de seguro privados. No Estado Social alemão, a responsabilidade civil é apenas um entre os muitos sistemas de imputação e distribuição dos custos do evento danoso, e não chega nem a ser o mais importante.¹⁵⁷

Para Kötz e Wagner¹⁵⁸, o direito de danos acabou por perder o seu significado original a partir da socialização dos custos dos sinistros. Os autores chegam a questionar se a responsabilidade civil estaria, então, obsoleta. A resposta não é positiva, mas, de fato, houve uma mudança de protagonismo. Se as vítimas estão sendo indenizadas pelas instituições de seguridade, então a responsabilidade civil no Estado Social transformou-se na disciplina dos requisitos necessários ao direito de regresso (*Recht der Regressvoraussetzungen*), na medida em que a lei alemã determina que a pretensão indenizatória do segurado contra o autor do dano seja transmitida ao fundo de seguridade social (*Sozialversicherungsträger*)¹⁵⁹ ou à operadora do seguro privado¹⁶⁰, de forma a refinar os seus custos através do direito de regresso e de evitar a exoneração pura e simples do autor do dano, alavancando-se, assim, o efeito preventivo da responsabilidade civil. Esse aspecto também estará refletido nos critérios estabelecidos à *Vorteilsausgleichung* e na relação desta com a chamada *cessio legis*.¹⁶¹

2.2 VORTEILSAUSGLEICHUNG NO BGB

O Código Civil Alemão não contém uma norma geral sobre *Vorteilsausgleichung*. Algumas disposições do BGB e da legislação especial determinam a dedução de vantagens, outras proíbem que elas sejam consideradas.¹⁶²

¹⁵⁷ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 23.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 24.

¹⁵⁹ Conforme § 116 SGB X.

¹⁶⁰ O mesmo vale em relação a um seguro de saúde privado, conforme o § 86 VVG.

¹⁶¹ A esse respeito, cf. item 3.4 do presente trabalho.

¹⁶² A exemplo: o § 642 II BGB determina que quaisquer economias ou ganhos devem ser deduzidos do total da indenização a que tem direito o empreiteiro contra o proprietário da obra, porque este não realizou um determinado ato, de forma a inviabilizar o restante da execução do contrato de empreitada (*Werkvertrag*), deduzindo-se da indenização as despesas com as quais o empreiteiro deixou de arcar e os ganhos que obteve por empregar sua força de trabalho em outro projeto, por exemplo. Por outro lado, § 843 IV e § 844 II BGB dispõem que a indenização por lesão ou morte mantém-se inafetada pelo fato de que outra pessoa, que não o autor do dano, esteja obrigada a sustentar o lesado ou os dependentes do falecido. Aqui não se leva a efeito o instituto *Vorteilsausgleichung*. Conforme LANGE/SCHIAMANN (2003, p. 488), uma espécie de compensação de vantagens é prevista em disposições relativas ao Direito expropriatório (*Enteignungsrecht*): § 93 III BauGB; § 16 II LBG; § 32 I BLG; § 13 I SchBerG. Outras disposições determinam a compensação da economia de

Isso não significa que os pais do BGB não reconhecessem os problemas envolvendo *Vorteilsausgleichung*. O legislador proporcionou diferentes soluções para alguns casos específicos, mas evitou uma regulação geral, deixando os demais problemas para serem resolvidos pelos tribunais e pela doutrina.¹⁶³

Por outro lado, consta nos Motivos do BGB expressa menção ao instituto, revelando que o legislador tinha, provavelmente, por regra, a aplicação da *Vorteilsausgleichung*:

A decisão da questão, se e até que ponto, em matéria de pretensões indenizatórias, a vantagem que o lesado obteve por meio da circunstância danosa deve ser considerada na liquidação do montante da indenização (*compensatio lucri et damni*), deve ser delegada à Ciência do Direito e à prática. (...) Compreende-se, por assim dizer que, quando de uma única e mesma conduta, ou de um complexo de condutas, uma mesma pessoa suporta resultados danosos e úteis, tais não podem ser separados uns dos outros, e sim como um resultado global devem ser vistos. A tentativa de uma decisão sobre a questão apenas por meio da lei seria, sobretudo para casos envolvendo atos ilícitos, questionável. A sua solução está essencialmente ligada à averiguação do conceito de dano, o que não se pode realizar por meio de páginas duvidosas da lei, para todos os casos e de todos os modos possíveis. (...) A prática vai, sem estar limitada por uma disposição legal, também a partir de agora em casos individuais, encontrar o seu caminho.¹⁶⁴

No entanto, para Lange e Schiemann¹⁶⁵, com base na legislação existente que, de alguma forma, tangencia o tema, não é possível extrair um princípio geral para o cálculo do dano, tampouco no sentido de que a lei estaria baseada na compensação de vantagens com o dano como regra, enquanto uma não compensação exigiria um fundamento excepcional.

É certo, contudo, que a função precípua da responsabilidade civil alemã é

determinadas despesas para fins do cálculo das perdas e danos de que tratam os dispositivos: §§ 658, 659 HGB; 26 BinSchG; § 430 HGB; § 19 V OrderlagerscheinVO (revogado); bem como em caso de descumprimento das obrigações, de que tratam os dispositivos §§ 326 II 2; 537 I 2; 615 I 2; 649 2 BGB.

¹⁶³ MAGNUS, 2015, p. 7.

¹⁶⁴ *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*. vol. II (1888). p. 18. *apud* MAGNUS, op. cit., p. 8. Tradução livre de: "Die Entscheidung der Frage, ob inwiefern bei Schadensersatzansprüchen der Vorteil, welcher dem Beschädigten durch den schadenbringenden Umstand zugefallen ist, von der Ersatzsumme in Abrechnung zu bringen sei (*compensatio lucri et damni*), muß der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden. (...) Es versteht sich wohl von selbst (...), daß, wenn aus einer und derselben Maßregel oder aus einem Komplex von Maßregeln, für welche dieselbe Person einzustehen hat, schädliche und nützliche Folgen entstanden sind, diese nicht voneinander getrennt werden dürfen, sondern auf das Gesamtergebnis gesehen werden muß. Allein der Versuch einer Entscheidung der Frage durch einen Ausspruch im Gesetze wäre insbesondere für Deliktsfälle bedenklich. Ihre Lösung hängt wesentlich mit der Feststellung des Schadensbegriffes zusammen, welche ohnedies nicht für alle Fälle nach allen möglichen auch sonst zweifelhaften Seiten hin durch das Gesetz erfolgen kann. (...) Die Praxis wird, uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift, auch fernerhin im Einzelfalle sich zurechtfinden".

¹⁶⁵ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 489. "Ein allgemeines Prinzip für die Schadensberechnung enthält diese Vorschrift indessen nicht, auch nicht in dem Sinne, daß das Gesetz von einer Anrechnung ausgehe und die Nichtanrechnung besonderer Begründung bedürfe".

restaurar, ao máximo, a situação patrimonial da vítima anterior ao evento danoso, conforme expresso no já citado § 249 I BGB, que se colaciona uma vez mais: "Aquele que estiver obrigado à indenização deve restaurar o estado que teria existido se a circunstância que o obriga a pagar indenização não houvesse ocorrido"¹⁶⁶.

Consoante tal disposição, o dano por inteiro deve ser reparado, nem mais, nem menos. Assim sendo, a indenização não pode, tampouco, enriquecer a vítima. Para alcançar esse intuito, o § 249 BGB exige uma comparação da situação real global da vítima depois do evento danoso, com a situação hipotética global que teria existido sem o evento. A diferença apurada é, a princípio, o dano ressarcível - método conhecido como *Differenzhypothese*.¹⁶⁷

Se, no entanto, o § 249 BGB fosse entendido e aplicado de forma estrita, todas as vantagens causadas pelo evento danoso teriam de ser automaticamente deduzidas do total apurado em danos. Isto é, as vantagens sempre reduziriam o total da indenização.

Como consequência da aplicação irrestrita da *Differenzhypothese*, algumas situações tidas como extremamente injustas poderiam ser instauradas. Para ilustrar, tem-se a situação em que o réu é responsável pela morte da pessoa encarregada de manter uma família. Consoante § 844 II BGB, o causador da morte fica, então, obrigado a manter os dependentes da vítima na mesma medida em que esta estava legalmente obrigada a fazê-lo. O réu, contudo, rejeitaria quaisquer pretensões dos autores (dependentes da vítima) sob o argumento de que os dependentes não teriam sofrido dano, já que eles teriam herdado o patrimônio do falecido e, portanto, encontrariam-se em uma situação financeira muito superior do que a anterior ao dano. Uma vez aplicado estritamente o disposto no § 249 BGB, a mencionada herança poderia extinguir completamente a pretensão dos dependentes da vítima.¹⁶⁸

De fato, tinha o legislador, originalmente, detectado tais problemas em conexão com o conceito de dano e com o dimensionamento da sua extensão e, embora apresentasse a tendência a considerar vantagens e desvantagens como um resultado global do evento danoso, preferiu delegar à doutrina e à jurisprudência a tarefa de desenvolverem os critérios adequados a essa situação, à medida em que as circunstâncias casuísticas fossem reveladas.

¹⁶⁶ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 249. Tradução livre de: "Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre".

¹⁶⁷ MAGNUS, 2015, p. 3.

¹⁶⁸ Exemplo citado por Ulrich Magnus, que o classificou como "*the most macabre example*". Ibidem, p. 1.

2.3 O DESENVOLVIMENTO DA *VORTEILSAUSGLEICHUNG* PELA JURISPRUDÊNCIA

Em face da ausência de uma regulação geral do instituto pelo legislador alemão, a jurisprudência assumiu especial relevo nos casos envolvendo *Vorteilsausgleichung*, já que, por meio da práxis, foi desenvolvida uma maior sistematização dos requisitos, critérios e limites à aplicação do instituto.

Nos idos de 1900, o *Reichsgericht* (Corte Imperial de Justiça - RG) teve a missão de interpretar e aplicar a nova lei enquanto última instância. O BGB e o RG continuaram a existir mesmo durante o período nazista, embora a interpretação do código tenha sido adaptada para a ideologia do partido. Após a Segunda Guerra Mundial, o RG existiu até 1950, quando o *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça - BGH) foi estabelecido na Alemanha Ocidental, enquanto em 1949 foi instituído o *Oberstes Gericht* (Tribunal Superior) como suprema corte para a Alemanha Oriental. O BGH é tido como o sucessor legítimo do RG e, com frequência, vem seguindo, até hoje, as decisões do RG, com exceção daquelas emanadas durante o período nazista. Desde 1989, o BGH é a corte suprema para direito privado e criminal na Alemanha reunificada.¹⁶⁹

As decisões do *Reichsgericht* baseavam-se, essencialmente, em considerações acerca da causalidade entre a vantagem percebida pela vítima e o evento danoso, restando claro que a existência de nexo causal era um requisito básico. Mais além, foi desenvolvido o critério segundo o qual a vantagem, para ser compensada, deveria ter como única causa o evento danoso. Desenvolveu-se, outrossim, o entendimento de que, para existir nexo causal, o evento danoso deve ser uma condição sem a qual o resultado não pudesse ocorrer (*conditio sine qua non*), e o resultado, por sua vez, uma consequência que um observador ideal objetivamente pudesse ter previsto como decorrência do evento, e não um acontecimento extraordinário. Ou seja, o entendimento do tribunal avançava ao passo que as teorias sobre causalidade foram sendo desenvolvidas, notadamente a teoria da adequação e o conceito de causalidade adequada que, aos poucos, tornaram-se hegemônicos. Assim, desde então, sedimentou-se o entendimento de que as vantagens que apenas acidentalmente e por acaso associam-se ao evento danoso, devem ser desconsideradas para fins da aplicação da *Vorteilsausgleichung*.¹⁷⁰

¹⁶⁹ MAGNUS, 2015, p. 7.

¹⁷⁰ RGZ 80, 155 (160); RGZ 84, 386 (388) *apud* WENDEHORST, 1999, p. 120; LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 489; MAGNUS, *op. cit.*, p. 8.

No caso de benefícios prestados por terceiros à vítima, o RG fundamentou a *ratio decidendi* conforme o escopo (*Zweck*) da relação jurídica que originou o benefício.¹⁷¹ Já quanto a vantagens obtidas pela vítima por sua própria iniciativa, como investimentos por ela realizados ou "negócios de cobertura" (*Deckungsgeschäften*)¹⁷² que lhe renderam vantagem, o entendimento da corte era no sentido de que a vítima não era obrigada a deduzir da indenização o que recebeu por decisão própria e por seu próprio esforço e risco.¹⁷³

Dando seguimento ao entendimento do RG como seu legítimo sucessor, o BGH ainda guarda como requisito à aplicação da *Vorteilsausgleichung* a existência de uma causalidade adequada entre a vantagem e a conduta ilícita danosa,¹⁷⁴ conquanto não mais resume o problema à simples análise do nexo causal.¹⁷⁵

Em suas decisões, o BGH estabeleceu, ainda, outras condições, quais sejam: (a) a dedução de vantagens do montante indenizatório deve ser razoavelmente exigível da vítima;¹⁷⁶ (b) a dedução da vantagem deve estar em conformidade com o sentido e o escopo da obrigação de indenizar (*Sinn und Zweck der Ersatzpflicht*);¹⁷⁷ (c) a dedução não deve, em qualquer circunstância, exonerar irrazoavelmente e sem justificativa o malfeitor;¹⁷⁸ (d) o dano e a vantagem devem ser congruentes, "ligados, por assim dizer, por uma unidade de cálculo"

¹⁷¹ Nesse sentido: RGZ 146, 287 (289), caso em que o RG determinou a não aplicação da *Vorteilsausgleichung* em relação ao benefício do seguro, que a viúva da vítima de homicídio recebeu em razão de um seguro coletivo contra acidentes contratado pelo empregador da vítima; RGZ 151, 330, 334, caso em que o RG não aplicou o instituto, referente a prestações voluntárias ou contratuais do empregador. LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 489.

¹⁷² Por "negócio de cobertura" (*Deckungsgeschäft*), compreende-se o negócio realizado pelo credor de uma obrigação, "mediante a aquisição no mercado de mercadoria da mesma espécie e qualidade da devida, exigindo-se do devedor inadimplente o valor correspondente à diferença entre o preço avençado no contrato descumprido e pago no negócio celebrado com terceiro". REINIG, 2015, p. 155.

¹⁷³ A esse respeito: RGZ 90, 160, 103, 348 *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 489. Outras decisões do RG sobre *Vorteilsausgleichung*: "*Deckungsgeschäften*" (RGZ 89, 282; 102, 348); "*zum günstigen Erwerb in der Zwangsversteigerung*" (RGZ 84, 386; 133, 221); "*Pensionen, Renten, Lohn, Gehalt, Versicherungsleistungen*" (RGZ 98, 341; 136, 83; 146, 287; 148, 154, 164; 151, 330; 153, 264; 155, 186); "*freiwilligen Zuwendungen*" (RGZ 92, 57, 60) *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 489.

¹⁷⁴ BGHZ 49, 56 *apud* LOOSCHELDERS, 2011, p. 318. Em recente decisão do BGH: "Conforme os princípios desenvolvidos pela jurisprudência em matéria de Responsabilidade Civil, do lesado são dedutíveis, até certo ponto, aquelas vantagens que foram por ele obtidas em adequada conexão com o evento danoso". BGH MDR 2015, 13, § 14 *apud* MAGNUS, 2015, p. 8. Tradução livre de: "*Nach den von der Rechtsprechung im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätzen sind dem Geschädigten in gewissem Umfang diejenigen Vorteile zuzurechnen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind*".

¹⁷⁵ "Decisivo é um exame valorativo, e não uma pura visão causal". BGH NJW 1989, 2117 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 8. Tradução livre de: "*Maßgeblich ist eine wertende Betrachtung, nicht eine rein kausale Sicht*".

¹⁷⁶ Devem-se observar "os limites da Razoabilidade" (*Grenzen der Zumutbarkeit*). A esse respeito: BGHZ 30, 29, 33, no âmbito do problema "novo pelo velho" (*neu für alt*), conforme LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 490.

¹⁷⁷ Tradução livre de: "(...) *die Anrechnung dem Sinn und Zweck der Ersatzpflicht entspricht*". Nesse sentido: BGHZ 10, 107 (108); 30, 29 (33); 91, 206 (210); 136, 52 (54) *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 489.

¹⁷⁸ BGHZ 49, 56 (61 e s.); 77, 151 (153); 81, 271 (275); 91, 206 (210); 316, 52 (54) *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 490.

¹⁷⁹; (e) a conexão não pode ser perdida;¹⁸⁰ por fim, (f) deve existir uma certa relação temporal entre a vantagem e o evento danoso.¹⁸¹

Conforme o entendimento do BGH,¹⁸² para que a vantagem auferida corresponda ao escopo do dever de indenizar (*Zweck des Schadensersatzpflicht*) e, então, possa ser compensada, deve-se analisar o ordenamento jurídico como um todo. Assim, o resultado positivo deve ser desconsiderado quando se puder deduzir do ordenamento jurídico que o autor do dano não deva ser favorecido.

Como se infere, a corte federal adicionou considerações de equidade e razoabilidade à argumentação, segundo as quais a *Vorteilsausgleichung*:

Destina-se a trazer um justo equilíbrio entre os interesses em conflito em um caso de dano, no qual a vítima, por um lado, não pode ficar em uma situação melhor do que ela estaria sem o evento danoso, mas por outro lado, também só deverá ter abatidas da pretensão indenizatória aquelas vantagens cuja compensação coincida com o escopo da pretensão indenizatória e, assim, seja razoavelmente exigível da vítima, sem exonerar irrazoavelmente o causador do dano.¹⁸³

Por fim, o BGH atribui como fundamento à *Vorteilsausgleichung* o princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*), disposto no § 242 BGB.¹⁸⁴ Sob tal perspectiva, os magistrados aplicam um entendimento flexível, decidindo caso a caso¹⁸⁵, como se infere do excerto:

A jurisprudência tem, por conseguinte, condicionado a compensação de uma vantagem a depender se, no caso concreto, em consonância com o sentido e o escopo da Responsabilidade Civil, levando em consideração o conjunto dos interesses das partes de boa-fé, isso puder ser razoavelmente exigido da vítima. Tal parâmetro de avaliação é o critério decisivo para a questão, se uma vantagem deve ser cumulada ou se ela deve beneficiar o causador do dano.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Tradução livre de: "(...) gewissermaßen zu einer Rechnungseinheit verbunden sein". BGH VersR 1989, 592 (593); BGH NJW 1997, 2378; BGH NJW 2004, 3557 *apud* MAGNUS, 2015, p. 8. BGHZ 91, 206 (210); BGH NJW 1989, 2117; 1990, 1360 *apud* LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 490. WENDEHORST (1999, p. 122) explica a teoria da congruência e da unidade de cálculo.

¹⁸⁰ BGHZ 30, 29, 33 *apud* LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 490.

¹⁸¹ BGHZ 53, 133 (137); 77, 151 (154) *apud* WENDEHORST, op. cit., p. 122. BGH VersR 1967, 187 (189), caso em que o lesado arrematou um lote em leilão; uma suposta vantagem não foi considerada porque ocorreu após a apreciação do preço arrematado, conforme LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 490.

¹⁸² BGHZ 91, 206 (210) *apud* LOOSCHELDERS, 2011, p. 318.

¹⁸³ BGH MDR 2015 (parágrafo 14) e também BGHZ 173, 83 (parágrafo 18) *apud* MAGNUS, op. cit., p. 9. Tradução livre de: "Es soll ein gerechter Interessenausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstrebenden Interessen herbeigeführt werden, indem der Geschädigte einerseits nicht besser gestellt wird, als er ohne das schädigende Ereignis stünde, ihm aber andererseits auch nur solche Vorteile auf den Schadensersatzanspruch angerechnet werden, deren Anrechnung mit dem Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet".

¹⁸⁴ Nesse sentido: BGHZ 91, 206 (209); BGHZ 91, 357 (363); BGH NJW 1989, 2117; BGH NJW 2004, 3557 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 9.

¹⁸⁵ MAGNUS, op. cit., p. 9.

¹⁸⁶ BGH NJW 2004, 3557 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 9. Tradução livre de: "Die Rechtsprechung hat daher die Anrechnung eines Vorteils davon abhängig gemacht, ob sie im Einzelfall nach Sinn und Zweck des

Tal entendimento garante aos tribunais uma margem bastante ampla de discricionariedade. Entretanto, alguma segurança jurídica pode ser, e tem sido, alcançada, considerando-se os grupos de casos que são tratados de forma similar, como se demonstrará no capítulo 3. A doutrina alemã tem, igualmente, ressaltado a imprecisão dos critérios desenvolvidos pelo BGH - *Leerformeln*¹⁸⁷ -, o que será tratado no próximo tópico.

2.4 CRÍTICA DA DOUTRINA

O ponto de vista dos autores do BGB teve por influência a doutrina do seu tempo, sobretudo na busca pela solução da *Vorteilsausgleichung* em íntima relação com o conceito de dano e, por conseguinte, baseada na *Differenzhypothese*.¹⁸⁸

À época em que o BGB estava sendo desenvolvido e nos primeiros anos de sua vigência, foi publicado um número considerável de trabalhos científicos acerca do instituto da *Vorteilsausgleichung*.¹⁸⁹

Em geral, os autores tinham por base a compensação do lucro com o dano, em consonância com a tradição pandectista¹⁹⁰, sendo que a não compensação era considerada uma exceção a ser devidamente fundamentada. Por certo, não faltaram vozes críticas desde então.

¹⁹¹ O critério da causalidade adequada, por sua vez, foi amplamente aceito¹⁹², mas sem uma investigação mais aprofundada quanto à verificação material de uma suposta correspondência formal entre lucro e dano.

Schadensersatzrechts unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage der Beteiligten nach Treu und Glauben dem Geschädigten zugemutet werden kann. Dieses wertende Merkmal ist für die Frage, ob ein Vorteil anzurechnen ist oder dem Schädiger zugute kommen soll, das entscheidende Kriterium".

¹⁸⁷ "Fórmulas vazias". MAGNUS, 2015, p. 10.

¹⁸⁸ Nesse sentido: FISCHER, H.A., *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (1903) apud LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 490.

¹⁸⁹ LARENZ, *Compensatio lucri cum damno* (1896); OERTMANN, *Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis* (1897), p. 689 e ss.; EICHHOFF, *Compensatio lucri cum damno* (1898); WALSMANN, *Compensatio lucri cum damno* (1900); OERTMANN, *Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht* (1901); STINTZING, *Findet Vorteilsanrechnung beim Schadensersatzanspruch statt?* (1905); EBERT, *Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung mit besonderer Berücksichtigung des Enteignungsrechtes* (1906); DECKER, *Die Vorteilsausgleichung beim Erfüllungsanspruch nach dem BGB* (1906); SÜLZEN, *Die Vorteilsausgleichung im deutschen bürgerlichen Recht mit einem Anhang behandelnd die Vorteilsausgleichung in ausländischen Rechten* (1920) apud ERM, 2013, p. 27.

¹⁹⁰ Escreveu MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse* (1855), p. 192, apud LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 490: "O natural e realmente por si só compreensível é que ambos sejam calculados em conjunto". Tradução livre de: "Das natürliche und eigentlich ganz von selbst sich Verstehende ist, daß beides zusammengerechnet wird".

¹⁹¹ A exemplo: STINTZING, 1905, op. cit. apud LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 490.

¹⁹² Nesse sentido: OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse* (1910), § 249 5c apud LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 490.

A dedução de vantagens era, e ainda hoje é, justificada na tendência da lei em impedir o enriquecimento sem causa.¹⁹³ Os critérios de equidade, pouco a pouco emergentes na jurisprudência do BGH, já podiam ser encontrados na literatura precedente, para quem a dedução de vantagens não poderia ocorrer quando prescindisse de razoabilidade, conforme o § 242 BGB, no sentido da conduta que razoavelmente pode-se exigir de alguém, segundo os ditames da boa-fé e dos costumes.¹⁹⁴

Em meados do século XX, o interesse pela pesquisa acadêmica sobre o instituto decaiu, consideravelmente, mas já na década de 1930¹⁹⁵ foram publicadas diversas dissertações nesse tema, seguidas por trabalhos esparsos a partir do final da Segunda Guerra Mundial¹⁹⁶.

No período pós-guerra, a crítica de Cantzler¹⁹⁷ refutou a proeminência da teoria da adequação. Para o autor, em matéria de *Vorteilsausgleichung*, é muito mais decisivo que o

¹⁹³ A esse respeito, escreveu FISCHER, *Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch* (1903), p. 219 apud CANTZLER, 1958, p. 31: "O ideal da eliminação do dano é não deixar o lesado mais pobre e nem mais rico". Tradução livre de: "*Das Ideal der Schadensbeseitigung ist, den Verletzten nicht ärmer und nicht reicher zu machen*". Também em CANTZLER, op. cit., p. 31: "A *Vorteilsausgleichung* deve evitar um enriquecimento". Tradução livre de: "*Die Vorteilsausgleichung soll eine Bereicherung verhindern*". A ideia do enriquecimento já estava presente na obra de MOMMSEN, 1855, pp. 18 e 191 e ss..

¹⁹⁴ LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 490 citando Heck, Larenz, Deutsch, Rudloff, Oetker e Enn/Lehmann.

¹⁹⁵ BAUER-MENGELBERG, *Vorteilsausgleichung* (1929); MILLER, *Die Entwicklung der Vorteilsausgleichung (compensatio lucri cum damno) im deutschen bürgerlichen Recht, unter Berücksichtigung der römischen Quellen* (1929); RENGIER, *Die Vorteilsausgleichung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch* (1929); v. BREDOW, *Verminderung der Schadensersatzpflicht als Folge von Rechtsverhältnissen des Geschädigten zu Dritten* (1930); v. TOBEL, *Die Vorteilsausgleichung im schweizerischen Schadensersatzrecht* (1930); KELLER, *Anrechnung von Versicherungen bei Schadenersatzansprüchen* (1932); ROCKENFELT, *Das Verhältnis der Anspruchsabtretung nach § 255 BGB zur Vorteilsausgleichung* (1933); LAXY, *Das Problem der Vorteilsausgleichung im bürgerlichen Recht* (1933); GOUDEFRÖY, *Die Vorteilsausgleichung unter besonderer Berücksichtigung der Zwangsversteigerung* (1933); RUHNKE, *Die Vorteilsausgleichung als Faktor zur Berechnung des Schadensersatzanspruches* (1934); ERDMANN, *Anrechnung schadensmindernder Handlungen des Geschädigten auf den ihm zu leistenden Ersatz* (1934); RIEDINGER, *Die Begrenzung der Vorteilsausgleichung durch das Verschuldensprinzip* (1936); SCHIEMMEL, *Probleme der Vorteilsausgleichung im privaten und öffentlichen Recht* (1938); BARELLA, *Das Problem der Vorteilsausgleichung unter besonderer Berücksichtigung der verhinderten Vermögensminderung* (1938); REIMANN, *Die Anrechnung von Versicherungsleistungen auf Schadensersatzforderungen im Falle der Tötung oder Gesundheitsbeschädigung eines Menschen* (1939); GÜNTHER, *Sind die aus Lebens- und Unfallversicherungen entstehenden Vorteile auf den Schadensersatzanspruch gegen den Dritten anzurechnen?* (1939); KLAUS, *Die Vorteilsausgleichung und ihre Begrenzung durch die sinngemäße Anwendung des Grundgedankes des § 254 BGB* (1940) apud ERM, 2013, p. 27.

¹⁹⁶ WERKER, *Das Problem der Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz unter besonderer Berücksichtigung des Versicherungsrechts* (1950); CORTS, *Die Vorteilsausgleichung bei der Kraftfahrzeughaftpflicht- und Insassenunfallversicherung* (1955); STALLJOHANN, *Die Bedeutung der Differenzhypothese für die Berücksichtigung schadensmindernder Umstände* (1958); KALTZ, *Die Vorteilsausgleichung und ihr Verhältnis zu der Vorschrift des § 255 BGB und den Bestimmungen über die Gesamtschuld* (1958); HAMM, *Vorteilsausgleichung und Schadensminderungspflicht* (1978); DRACHNER, *Vorteilsausgleichung im Schadensrecht* (1987); JANISCH, *Haftung für Baumängel und Vorteilsausgleich* (1992); THESLING, *Die Vorteilsausgleichung* (1994) apud ERM, op. cit., p. 27.

¹⁹⁷ CANTZLER, op. cit., pp. 29, 51 e ss., 59 apud LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., pp. 490-491.

responsável pelo dano tenha, simultaneamente, promovido ou beneficiado, de alguma forma, o bem jurídico violado ou a obrigação contratual descumprida. Por outro lado, devem ser isentas de uma compensação aquelas vantagens oriundas de medidas reparatórias, levadas a cabo pelo lesado ou por um terceiro, com o propósito de beneficiar exclusivamente a vítima.

Thiele¹⁹⁸, por sua vez, é do ponto de vista de que, nem da *Differenzhypothese*, tampouco da proibição do enriquecimento (*Bereicherungsverbot*) derivam fundamentos concretos para o instituto da *Vorteilsausgleichung*. Ao contrário da até então arguida relação de regra-exceção, para o autor, é a dedução de vantagens que deve ser excepcionalmente fundamentada. Deve existir, entre a vantagem e o dano, uma conexão interna irresolúvel sob o aspecto da sua quantificação. Assim, apenas poderão ser levadas em conta as vantagens que são aptas a prevenir a ocorrência do dano ou, ao menos, de um novo dano. Se o dano já ocorreu, o destino dos ativos remanescentes não deve pertencer ao seu causador.

Para Rudloff¹⁹⁹, deve-se compensar a vantagem desde que esta advenha sem dedicação e cuidados por parte da vítima, seja alcançada sem esforço, ou seja atingida por sorte, ao acaso e, em último caso, o causador do dano seja merecedor e - em caso de uma liberalidade produzida pela sorte - também esteja necessitado.²⁰⁰

Sob a perspectiva de Grunsky²⁰¹, o critério decisivo é, por si só, observar se a compensação do lucro com o dano está em conformidade com o escopo da norma violada, cujo comando deve ser tanto no sentido de reconhecer as vantagens, quanto de indenizar os prejuízos.

Entre os trabalhos mais recentes acerca do tema²⁰², destacam-se os comentários de Bündenbender sobre os grupos de casos envolvendo *Vorteilsausgleichung*, em que analisa as

¹⁹⁸ THIELE, *Gedanken zur Vorteilsausgleichung* (1967), pp. 197-204 *apud* LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 491.

¹⁹⁹ RUDLOFF, *Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe* (1967), p. 460 *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 491. Esclarecem Lange e Schiemann, que para Rudloff: "O mérito deve ser determinado por critérios subjetivos". Tradução livre de: "*Die Würdigkeit soll sich nach subjektiven Kriterien bestimmen*".

²⁰⁰ Tradução livre de: "*sofern sie 'unumsorgt zufallen, Sorgeleicht erzielt oder glücklich erlangt sind und letzterenfalls der Schädiger dessen würdig und - in Fällen glückbereitender Freigebigkeit - auch bedürftig' ist*".

²⁰¹ GRUNSKY, vor § 249 in: *MünchKomm*, 3. Aufl. *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 491.

²⁰² ROTHER, *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht* (1965), p. 222 e ss.; KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, p. 119 e ss., p. 137 e ss.; MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens*, p. 223 e s.; SCHIEMANN, *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts* (1981), p. 122 e ss., p. 181 e ss.; MAGNUS, *Schaden und Ersatz* (1987), p. 5 e s., p. 246 e s.; LOOSCHELDERS, *Mitverantwortlichkeit*, p. 498 e ss.; BÜDENBENDER, *Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation* (1995); HENKE, *Die Vorteilsausgleichung im Schadensersatzrecht des BGB*, in *Festschrift für Hagen* (1999); WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich* (1999), p. 100 e ss.; THÜSING, *Wertenden Schadensberechnung* (2001) *apud* ERM, 2013, p. 27; LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 491.

disposições do BGB concernentes à dedução de vantagens acumuladas pela vítima, quando do evento danoso, e à liquidação de danos por meio de um terceiro, em particular a previsão do § 254 II, quanto aos rendimentos obtidos pelo próprio esforço da vítima; do § 267 S. 2, sobre os benefícios prestados por um terceiro à vítima; créditos decorrentes da relatividade da relação obrigacional ou de dispositivos que determinam a cessão legal da pretensão indenizatória.²⁰³

Consoante os estudos de Henke²⁰⁴, a *Vorteilsausgleichung* é parte do cálculo dos danos, contanto que não se trate de vantagens fortuitas, que fujam a uma consideração racional. Para responder à questão sobre se, uma vez apurada, a vantagem deve ou não ser deduzida, é necessário observar uma conexão intrínseca, para cuja determinação deve-se empregar uma comparação de fatores econômicos, jurídicos, temporais, organizacionais, entre outros.²⁰⁵

De especial relevo, a tese de Wendehorst²⁰⁶ busca como fundamento da *Vorteilsausgleichung*, e de outros institutos envolvendo pretensão e compensação nas relações privadas, um só princípio, denominado princípio estático (*Statikprinzip*), cuja inspiração remonta à noção aristotélica de *iustitia commutativa* da obra *Ética a Nicômaco*, no sentido de que a ninguém é dado enriquecer-se à custa da perda de outrem. A autora explica que as relações jurídicas derivadas de um dano visam eliminar, ao máximo, todas as consequências do evento danoso, tanto positivas quanto negativas. Assim, é possível postular a reparação de uma consequente desvantagem se, e somente se, em contrapartida, uma correspondente vantagem residual da outra parte também seja compensada, conforme o princípio estático. Tal princípio é formal, baseado, essencialmente, em um estrito cálculo aritmético entre ganhos e perdas, elaborado não para analisar o mérito das partes, muito menos para considerar retaliações à conduta lesiva. Os conceitos de vantagem e desvantagem são analisados, pela autora, de forma ampla, levando em consideração todas as alterações no estado anterior ao dano, na forma de vantagens e desvantagens residuais.²⁰⁷

²⁰³ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 491.

²⁰⁴ HENKE, 1999, p. 371 e ss. *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 492.

²⁰⁵ Lange e Schiemann (op. cit., p. 492) esclarecem que, na teoria, é certamente possível integrar, na sua essência, a averiguação de uma vantagem junto ao cálculo do dano. No entanto, se, uma vez apurada, essa vantagem deverá ser, de fato, compensada ou não, é uma questão a ser tratada num complexo específico de fatores. Do controverso critério da interdependência (conexão interna) derivam, provavelmente, alguns desses fatores, apesar de tal estar longe de esgotá-los.

²⁰⁶ WENDEHORST, 1999.

²⁰⁷ Ibidem, pp. 52-53. A tese de Wendehorst propõe, mais adiante, a partir do modelo alocatório (*Allokatorisches Modell*) - de sua autoria, uma distribuição das alterações residuais de forma real ou valorativa, a que correspondem dois mecanismos de compensação, uma compensação real, geralmente *in natura*, ou uma compensação valorativa hipotética, como nos casos de danos imateriais.

As principais estruturas argumentativas que predominam no tratamento dado pela doutrina e jurisprudência alemãs à *Vorteilsausgleichung* são analisadas, com maior profundidade, na obra de Thüsing²⁰⁸, de forma a fazer uma prova real da sua aplicabilidade. Com base no histórico da *compensatio lucri cum damno*, nas disposições pertinentes ao instituto presentes no direito estrangeiro, bem como em uma análise econômica, o autor conclui, em parte, por uma confirmação das soluções que prevalecem na jurisprudência alemã, em parte por uma reformulação. Thüsing é contrário, por exemplo, ao requisito da congruência entre vantagem e desvantagem e defende, por um lado, a dedução daqueles rendimentos provenientes de medidas levadas a cabo pela própria vítima, ao seu próprio esforço, medidas essas que a vítima não era nem obrigada a cumprir, e, por outro lado, não leva em conta vantagens congruentes ao dano, mas cujo valor objetivo é superior ao que subjetivamente se prestaria ao responsável pela indenização. Igualmente não seriam dedutíveis benefícios havidos por um posterior desdobramento do dano.

Tais considerações críticas dos autores, por vezes bem formuladas e cuidadosamente fundamentadas, são dignas de reflexão, sem, contudo, invalidar visões opostas, sobretudo quanto àqueles argumentos e fundamentos majoritariamente adotados pela doutrina e pela jurisprudência, como bem observam Lange e Schiemann²⁰⁹.

Ante o exposto, observa-se uma tendência, em maior ou menor grau, a depender do autor, de transposição dos critérios de limitação da imputação da responsabilidade pelo dano ao autor, para uma correspondente limitação da imputação da consideração da vantagem à vítima.

Nem a jurisprudência e nem a doutrina são ainda capazes de lidar com o problema da *Vorteilsausgleichung* por meio de uma fundamentação específica e coerente.²¹⁰ Não por acaso predominam na jurisprudência as construções que historicamente foram se desenvolvendo para limitar a responsabilidade, a começar pela teoria da equivalência de condições, passando para a adoção majoritária da causalidade adequada.

Algumas tentativas de refinamento da teoria geral foram feitas, a partir da noção de congruência interna irresolúvel entre vantagem e dano e de uma unidade de cálculo, mas sem fornecer uma regra aplicável a todos os casos.

²⁰⁸ THÜSING, 2001 *apud* LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 492.

²⁰⁹ LANGE/SCHIEMANN, *op. cit.*, p. 492.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 494. "Der Rechtsprechung und der Rechtslehre ist es bisher nicht gelungen, die Problematik mit Hilfe eines konkreten, konsequent durchgeführten Grundgedankens zu bewältigen".

O critério elaborado por Cantzler também tem o seu mérito dentro do sistema alemão de responsabilidade civil, no sentido de que o responsável pelo dano devesse, simultaneamente, promover ou beneficiar o bem jurídico violado ou a obrigação contratual descumprida, para que resultasse numa vantagem dedutível. No entanto, tal ponto de vista só terá espaço naquele grupo de casos em que a vantagem é percebida sem a atividade da própria vítima ou de um terceiro.²¹¹

Quanto aos critérios doutrinários predominantes na jurisprudência mais atual, é possível dizer que prevaleceram as considerações de von Caemmerer, quanto aos critérios normativos de limitação da responsabilidade, ora baseados no sentido e escopo da obrigação de indenizar (*Sinn und Zweck der Ersatzpflicht*), ora evocando o sentido mais amplo da sua teoria, para o que concorrem questões de razoabilidade e de equidade (*Zumutbarkeits- und Billigkeitsfragen*), reconhecendo-se a importância da casuística.

Assim, observa-se a acolhida, cada vez maior, de critérios de ordem jurídico-política, a serem utilizados para decidir sobre os limites da *Vorteilsausgleichung*, como o argumento de que a dedução de vantagens do montante indenizatório deve ser razoavelmente exigível da vítima, e de que essa dedução não deve, em qualquer circunstância, exonerar irrazoavelmente e sem justificativa o malfeitor, levando-se em consideração o escopo preventivo da responsabilidade civil.

Isso também não deverá significar um enriquecimento injustificado pela vítima, já que a tendência da lei de evitar o enriquecimento através da indenização é justamente o fundamento da *Vorteilsausgleichung* para a maioria dos autores.²¹²

Sabe-se que os autores primeiramente observaram a necessidade da incidência da *Vorteilsausgleichung* quando da fase de imputação da responsabilidade referente ao dimensionamento da extensão do dano, em razão da aplicação da teoria da diferença e do princípio da reparação integral. Gradativamente, porém, o desenvolvimento dos critérios apresentados acima, para além de uma análise puramente aritmética dos resultados provocados pelo evento danoso, permitiu uma melhor distinção da *Vorteilsausgleichung* como instituto autônomo, sem integrar, simplesmente, o cálculo dos danos.²¹³

²¹¹ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 494.

²¹² A conclusão pela não aplicação da *Vorteilsausgleichung* também não deverá significar a acumulação de determinadas vantagens pela vítima, já que existem outros institutos que derivam da vedação ao enriquecimento, como a previsão legal da cessão da pretensão indenizatória. Cf. item 3.4 do trabalho.

²¹³ Cf. ponto 1.2, p. 8., do presente trabalho.

Para Lange e Schiemann²¹⁴, Büdenbender fornece um modelo a ser seguido, porquanto trata de analisar os grupos de casos com base nas indicações do BGB, sem com isso buscar estabelecer uma fórmula geral para *Vorteilsausgleichung*. Por outro lado, asseveram os autores, que sem se ultrapassar o tratamento legal, não se chegará a uma conclusão segura, já que os próprios legisladores do BGB tinham consciência desse círculo de dúvidas e resolveram delegá-las para a Ciência e para a prática.

Assim como não se pode deduzir do exposto um princípio geral, aplicável a todas as situações em que a vítima perceber uma vantagem em conexão com o evento danoso, que imponha a sua dedução, ou não, do montante indenizatório, também não se pode concluir que a doutrina da *Vorteilsausgleichung* reside tão somente na casuística.

Pelo contrário, alguns dos critérios apresentados têm alcançado bastante relevância, sobretudo quando analisados em conjunto com os fatos concretos, dentro de determinados grupos de casos, divididos conforme a origem ou a causa que levou à vantagem.

²¹⁴ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 491.

3. APLICAÇÃO DA *VORTEILSAUSGLEICHUNG* CONFORME A ORIGEM DA VANTAGEM

Ao buscar-se traçar critérios a partir do desenvolvimento jurisprudencial sobre a *Vorteilsausgleichung*, observou-se que, apesar dos requisitos comuns, o tratamento conferido é, em certa medida, casuístico, isto é, subordinado à análise dos fatos. Assim, para se atingir uma maior segurança jurídica, a doutrina alemã contemporânea²¹⁵ propõe a análise dos critérios a partir de determinados grupos de casos, que são tratados de forma similar.

Há três principais categorias de casos que podem ser distinguidos conforme a causa que levou à vantagem. A primeira categoria é composta dos casos em que nem a vítima, nem uma terceira pessoa causou a vantagem de forma direta, pelo contrário, a vantagem é uma consequência natural do dano. Uma segunda categoria compreende casos em que a vantagem é derivada de ações da própria vítima. Na terceira categoria, encontram-se aqueles casos em que a vantagem é prestada por um terceiro.²¹⁶

Esse terceiro grupo, por sua vez, apresenta uma estreita relação com um outro instituto que, assim como a *Vorteilsausgleichung*, busca realizar a vedação ao enriquecimento da vítima por meio da indenização: a *cessio legis*, isto é, a previsão legal da cessão da pretensão indenizatória contra o autor do dano, em favor do terceiro que proporcionou a reparação do dano à vítima. Basicamente, quando houver previsão de *cessio legis*, não será aplicável a *Vorteilsausgleichung*, já que outra foi a solução prevista pelo legislador, como se demonstrará.

A princípio, todo tipo de vantagem (*Vorteil*) pode ser levado em consideração para a *Vorteilsausgleichung*. Por vantagem compreende-se o que a vítima receber de forma a acrescer a sua fortuna, como por exemplo um pagamento feito por um terceiro. Não somente prestações positivas extraordinárias são vantagens relevantes, mas também a economia, isto é, aquelas despesas ordinárias de que o lesado fora poupado.²¹⁷

Há, como se viu, uma tentativa dos tribunais de limitar a dedução de vantagens que apenas remotamente relacionam-se com o dano, requerendo-se uma congruência ou uma

²¹⁵ LANGE/SCHIEHMANN, 2003, pp. 486-533; LOOSCHELDERS, 2011, pp. 318-319; MAGNUS, 2015, pp. 1-21.

²¹⁶ MAGNUS, op. cit., p. 10. O autor refere-se, ainda, à possibilidade de ser adicionada uma quarta categoria, na qual estariam incluídos casos em que a vantagem é o produto de uma mistura dessas diferentes causas.

²¹⁷ BGH NJW 1989, 2117 (2118) *apud* MAGNUS, op. cit., p. 4.

conexão interna irresolúvel entre a vantagem e o dano, de forma a apresentar uma unidade de cálculo.²¹⁸ De acordo com o BGH, essa relação é ausente, por exemplo, na situação em que a vítima deve receber, por causa do dano, treinamento para um novo emprego; porque não há congruência, a indenização pelos custos com o treinamento não pode ser reduzida pelo fato de que a vítima irá receber um maior salário do que auferia no antigo emprego. Nesse caso, o salário mais elevado no novo emprego é resultado do esforço da vítima em produzir um trabalho mais valorizado, o que não é uma consequência inerente ao evento danoso.²¹⁹

A congruência requer, outrossim, que uma vantagem seja dedutível apenas no tocante à parte do resultado danoso com a qual guarde unidade de cálculo. Por exemplo, a economia de despesas com alimentação durante o período em que a vítima esteve internada no hospital pode ser considerada uma vantagem dedutível em relação à pretensão indenizatória pelos custos com tratamento médico, mas não será dedutível da pretensão referente aos lucros cessantes que o evento danoso também causou.²²⁰ Se apenas esta última foi pleiteada, então não se aplica a *Vorteilsausgleichung*.²²¹

Na doutrina alemã, há controvérsias quanto à consideração apenas de vantagens que possuem valor econômico, para fins da aplicação da *Vorteilsausgleichung*, ou se esta seria extensível também a valores imateriais.²²² A favor deste último posicionamento, argui-se que a compensação por danos morais (*Schmerzensgeld*) deve ser diferente se a vítima conhece, no hospital, "a mulher da sua vida", com quem se casa mais tarde, comparativamente com a vítima que não desfruta de tal feliz circunstância.²²³ É claro que todas as circunstâncias devem ser levadas em consideração para o cálculo da compensação por danos morais. Mas se essa análise de todos os fatores relevantes, inclusive os positivos, pode ser chamada de *Vorteilsausgleichung* ou se se está diante do cálculo da compensação por danos morais pura e simplesmente, parece ser uma disputa sobre palavras.²²⁴ O fato é que, para o dimensionamento dos danos morais, as cortes observam tanto os efeitos imateriais negativos, quanto os positivos.²²⁵

²¹⁸ BGH NJW 1997, 2378 *apud* MAGNUS, 2015, p. 18.

²¹⁹ BGH NJW 1987, 2741 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 18.

²²⁰ BGH NJW 1980, 1787 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 19.

²²¹ MAGNUS, op. cit., p. 19.

²²² Sobre o tema, cf. ERM, 2013. Contra a aplicação da *Vorteilsausgleichung* a "vantagens" imateriais, cf. LANGE/SCHIEHMANN, 2003., pp. 497-498.

²²³ OETKER, § 249 n. 239 *in: MünchKommBGB apud* MAGNUS, op. cit., p. 17.

²²⁴ MAGNUS, op. cit., p. 17.

²²⁵ *Ibidem*, p. 17. Cf. BGH NJW 1983, 1371 (1373).

Por outro lado, é consenso que não poderia existir *Vorteilsausgleichung* entre elementos imateriais e materiais. Por exemplo, os danos morais não podem ser reduzidos pelo fato de que a vítima continua a receber salários,²²⁶ à exceção de circunstâncias muito especiais, como na situação em que o autor do dano compensa a vítima imediatamente e de forma muito generosa.²²⁷

Não se admite a aplicação da *Vorteilsausgleichung* em relação à indenização quantificada de forma abstrata, ou quando a sua aplicação acabaria por excluir um mínimo objetivo do dano, que deve ser compensado.²²⁸ Isso porque, nesses casos, o cálculo da indenização demanda, explicitamente, que se desconsidere o dano concreto, cuja auferição é, por sua vez, o objetivo da *Vorteilsausgleichung*. Esta é aplicável, porém, excepcionalmente, a determinadas avaliações abstratas, como o cálculo dos lucros cessantes, apreciado conforme o curso ordinário das coisas.²²⁹

Assim como à vítima cabe, geralmente, o ônus da prova quanto à extensão do dano para a quantificação da indenização, ao autor do dano corresponde o ônus de provar qualquer redução aplicável ao montante indenizatório pleiteado. O autor do dano deve provar, assim, os fatos que autorizam a aplicação da *Vorteilsausgleichung*.²³⁰

De qualquer forma, não é necessário que a parte invoque a aplicação da *Vorteilsausgleichung* nos seus pedidos, já que, segundo a jurisprudência do BGH, qualquer vantagem dedutível deve ser levada em consideração *ex officio* pelo magistrado.²³¹

A partir dessas considerações gerais sobre as vantagens dedutíveis na prática, passa-se à análise do tratamento conferido pela jurisprudência e pela doutrina à *Vorteilsausgleichung* conforme a origem que levou à vantagem.

3.1 VANTAGENS OBTIDAS INDEPENDENTEMENTE DA AÇÃO DA VÍTIMA OU DE UM TERCEIRO

Em virtude de uma tendência da lei alemã em não permitir o enriquecimento sem causa, serão quase sempre deduzidas do cálculo da indenização as vantagens que

²²⁶ BGH VersR 1967, 1080 *apud* MAGNUS, 2015, p. 18.

²²⁷ BGH VersR 1962, 622 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 18.

²²⁸ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 498.

²²⁹ MAGNUS, op. cit., p. 20.

²³⁰ BGH NJW 1985, 1539; BGH NJW-RR 1992, 1397 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 20.

²³¹ BGHZ 158, 188 (200); BGH NJW-RR 2009, 603 (604) *apud* MAGNUS, op. cit., p. 20.

porventura a vítima perceber, quando da ocorrência do dano, sem a ação de uma terceira pessoa ou da própria vítima, especialmente nos casos em que o evento danoso concomitantemente promove, ou beneficia de alguma forma, o bem jurídico violado ou a obrigação contratual descumprida.²³²

Esse já era o entendimento do *Reichsgericht*, como se pode inferir, por exemplo, do julgamento do caso RG JW 1937, 740, em que o tribunal acolheu o pedido pela compensação de vantagem feito pelo prefeito de uma comunidade rural, que era ao mesmo tempo diretor de uma espécie de banco da comunidade (*Girokasse*) e presidente do comitê de crédito responsável por autorizar empréstimos. Nessa posição, embora não fosse economicamente justificável e aconselhável, o prefeito decidiu conceder crédito a uma empresa que, mais tarde, veio a colapsar, causando a perda de grande parte dos fundos concedidos. Na sua defesa contra a pretensão indenizatória exercida pela comunidade, o prefeito alegou, com sucesso, que o crédito concedido havia permitido, em contrapartida, a manutenção da empresa, o que evitou o desemprego dos seus colaboradores e, por conseguinte, proporcionou à municipalidade a economia no pagamento de auxílio-desemprego, economia esta considerada uma vantagem a ser considerada no cálculo da indenização.²³³

Outro, contudo, foi o entendimento da corte imperial no caso paradigmático envolvendo contrato de fornecimento de cerveja²³⁴, com cláusula de exclusividade (vedação à concorrência) entre o fornecedor A e o comprador, para cuja violação era prevista uma penalidade contratual pecuniária. O comprador, mesmo assim, encomendou cerveja do fornecedor B, o qual, por sua vez, não entregou o produto. O comprador ingressou, pois, com uma ação contra o fornecedor B, requerendo perdas e danos por causa do não cumprimento do contrato, contra o que o fornecedor B contestou que o comprador, dessa forma, evitou a violação do contrato que tinha com o fornecedor A e poupou os valores que teria pago a título de penalidade contratual do primeiro contrato de fornecimento com exclusividade.²³⁵ *In casu*,

²³² LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 502. No mesmo sentido: o argumento utilizado por CANTZLER, 1958.

²³³ RG JW 1937, 740 *apud* CANTZLER, op. cit., p. 50; LANGE/SCHIEMANN, op. cit., pp. 502-503. O mesmo se aplica ao jockey que levando um cavalo à morte por exaustão (dano), acaba por ganhar o prêmio de primeiro lugar (lucro), gerando, ao mesmo tempo, dano e lucro ao dono do cavalo; e ao empregado que, violando o contrato, utiliza o dinheiro e o nome da firma para especular no mercado financeiro e, em parte, perde, mas em parte lucra, causando dano e lucro à empresa.

²³⁴ O contrato em questão é usual nos países de língua alemã e chama-se "*Bierliefervertrag*", sendo específico para fornecimento de cerveja entre a cervejaria artesanal e o estabelecimento comercial.

²³⁵ O exemplo é citado na doutrina, cf. RG Recht 1908 Nr. 3240 *apud* CANTZLER, 1958, pp. 49-50; LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 503. Os autores afirmam, sem maiores explicações, que por meio do

o tribunal entendeu que não era possível que o fornecedor B previsse que a sua conduta lesiva ocasionaria tal resultado vantajoso para o comprador, e, por isso, estava ausente a adequação entre evento e resultado. Isso porque a relação entre o fornecedor A e o comprador era estranha à relação deste com o fornecedor B. Portanto, o fornecedor B, ao violar o contrato e causar dano ao comprador, não agiu de forma a beneficiar, concomitantemente, a obrigação contratual violada.²³⁶

A tendência a se compensar as vantagens percebidas em razão do próprio evento danoso, independentemente de uma ação voluntária, mantém-se na jurisprudência mais atual do BGH.²³⁷

A economia de despesas está presente em diversas decisões e, de uma forma ou de outra, a sua compensação é considerada uma regra. Isso se aplica, por exemplo, às despesas domésticas e diárias poupadas em razão do período em que a vítima permaneceu hospitalizada,²³⁸ inclusive a economia dos custos com o transporte diário até o local de trabalho.²³⁹ Em caso da vítima de um acidente automobilístico aceitar um carro alugado, compensa-se a poupança relativa à deterioração pelo uso, que o seu veículo próprio teria sofrido.²⁴⁰

descumprimento da prestação por parte do fornecedor B, o comprador evitou a violação da cláusula de exclusividade que tinha com o fornecedor A. Apesar de parecer estranho que o contrato firmado pelo comprador com o fornecedor B, por si só, não configure a violação do primeiro contrato com o fornecedor A, a explicação está, *ao nosso ver*, nos princípios da separação e da abstração (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*) adotados pelo direito alemão, em função dos quais a aquisição da cerveja só se daria por meio de um "negócio jurídico real" (*Verfügungsgeschäft*), com a sua efetiva entrega, razão pela qual o contrato frustrado pelo fornecedor B não impõe as mesmas consequências que uma "aquisição de cerveja de outro fornecedor" capaz, aí sim, de acarretar a quebra da exclusividade e a violação do contrato com o fornecedor A.

²³⁶ RG Recht 1908 Nr. 3240 *apud* CANTZLER, 1958, pp. 49-50; LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 503.

²³⁷ Para ilustrar, citam-se os exemplos da jurisprudência do BGH: (a) BGHZ 77, 151, 155, em que se compensou a valorização de uma propriedade, que o lesado não pôde vender em momento oportuno, da indenização devida pelo responsável, porque este não cancelou a tempo a anotação no registro de imóveis de uma espécie de reserva (*Vormerkung*) feita em seu benefício; (b) BGH NJW 1989, 2117, referente ao atraso na venda de uma propriedade provocado por uma barreira de construção ilegal, caso em que foram compensadas a valorização da propriedade devido ao atraso e a prevenção de perdas, que teriam resultado ao titular da indenização por meio de aluguéis realizados abaixo do custo dos apartamentos a serem instalados - vale ressaltar que é pacífico o entendimento de que perdas que foram evitadas também configuram uma vantagem dedutível; (c) BGH WM 1995, 935, concernente à devolução prematura da coisa recebida em *leasing* por causa de uma violação ao contrato por parte do arrendatário, caso em que se compensou a diferença entre o valor atual da coisa devolvida antes do final do contrato e o valor que ela teria ao final da duração normal prevista no contrato. LANGE/SCHIEMANN, *op. cit.*, p. 503.

²³⁸ OLG Nürnberg VersR 1964, 176; KG VersR 1969, 190; OLG Celle NJW 1969, 1765; OLG Düsseldorf VRS 56 (1979), 2 *apud* LANGE/SCHIEMANN, *op. cit.*, p. 503.

²³⁹ BGH NJW 1980, 1787 e s. *apud* LANGE/SCHIEMANN, *op. cit.*, p. 503.

²⁴⁰ LANGE/SCHIEMANN, *op. cit.*, p. 504. Tal vantagem seria considerada ainda que se tratasse da rescisão de um contrato de compra e venda. Em OLG Nürnberg DAR 1978, 198, 199, o comprador fora dolosamente enganado pelo vendedor e comprou um carro diferente do que teria comprado sem o vício de vontade; o carro comprado por engano sofreu desgaste, tendo o tribunal compensado a economia relativa à deterioração pelo uso.

Se o ato lesivo impedir a vítima de sofrer uma outra perda provável, a depender do caso concreto, poderá ser reduzido o pedido de indenização. Por meio da aplicação dessa regra, o BGH decidiu reduzir o *quantum debeatur* no caso em que a vítima tinha pretensão indenizatória contra a comunidade, que proibiu, equivocadamente, a construção de um prédio. O tribunal entendeu, contudo, que o montante da indenização tinha de ser reduzido, porque o prédio só poderia ter sido levantado com algum provável custo.²⁴¹

Por outro lado, não será considerada uma vantagem dedutível a poupança de despesas que advém de uma privação suportada pela vítima, eis que, nesse caso, à vantagem, existirá uma desvantagem correspondente. Nesse sentido, se a vítima do acidente automobilístico renuncia o aluguel do veículo substituto, não será compensado o desgaste do seu próprio carro, que foi evitado.²⁴² A economia de despesas com alimentação, nos casos em que a vítima encontra-se hospitalizada, por exemplo, deverá ser considerada somente até o montante equivalente ao valor da alimentação oferecida pelo Hospital.²⁴³ Não se pode compensar o que o lesado teria economizado, privando-se de menus de luxo, comida em abundância e bebidas alcóolicas caras, enquanto o hospital não ofereceu outra opção, senão uma dieta balanceada e chá de ervas.²⁴⁴

Se a vítima economiza o que teria de pagar em tributo caso o evento danoso não houvesse ocorrido, essa economia também reduz, em princípio, a indenização, a menos que essa dedução contradiga o escopo do respectivo tributo.²⁴⁵ No entanto, como a tributação depende de circunstâncias individuais de cada contribuinte e requer, com frequência, consideráveis esforços de cálculo, o BGH tem decidido que, nos casos em que a vítima deve pagar tributos também sobre o montante da indenização, apenas as vantagens tributárias extraordinariamente altas, das quais o autor do dano possa fazer prova, devem ser deduzidas.²⁴⁶ Assim, decidiu o BGH, que a vítima que investiu capital em um fundo e pleiteia o retorno do dinheiro investido, devido à representação fraudulenta nos negócios, não tem de aceitar a

²⁴¹ BGH NJW 1998, p. 2117 *apud* MAGNUS, 2015, p. 4.

²⁴² LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 504.

²⁴³ Ibidem, p. 504. Em OLG Hamm NJW-RR 2001, 456, 457, o Tribunal de Justiça de Hamm definiu que, em caso de dúvida, as despesas diárias com refeições realizadas em casa devem ser consideradas 20 marcos alemães, a serem deduzidas da indenização.

²⁴⁴ Sob tal perspectiva, seria duvidosa a redução da indenização pleiteada em OLG Celle VersR 1975, 1103, em razão da economia dos custos com estadia em um spa de termas, uma vez que tais custos eram praticados habitualmente pela vítima nas suas férias. LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 504.

²⁴⁵ BGH NJW 1980, 1788; BGH NJW 2014, 994 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 12.

²⁴⁶ BGH NZG 2010, 1029 (1031); BGH NJW 2014, 994 (995) *apud* MAGNUS, op. cit., p. 12.

dedução de vantagens tributárias "normais" que o investimento provocou.²⁴⁷ Mais além, benefícios tributários concedidos, por exemplo, ao portador de necessidades especiais, também não podem reduzir o montante da indenização, segundo a corte, porque o seu escopo é justamente beneficiar a vítima, e não liberar o autor do dano.²⁴⁸

Outra categoria, considerada uma vantagem dedutível pela jurisprudência e pela maioria da doutrina, consiste no caso em que a restauração ou reparação do bem danificado proporciona à vítima uma extensão da vida útil original, com peças novas, que irão, provavelmente, durar mais do que as usadas, substituídas em razão do dano.²⁴⁹ À chamada indenização do "novo pelo velho" (*Neu für Alt*) corresponderia, pois, uma dedução da valorização do bem reparado, em comparação com o seu valor antes do evento danoso.²⁵⁰

Para Lange e Schiemann²⁵¹, a categoria do "novo pelo velho" não constitui um caso real de *Vorteilsausgleichung*, uma vez que não é o dano em si, mas a forma de compensá-lo que causa a vantagem. Nesses casos, o dano original causa, pelo menos, a necessidade de renovar a coisa danificada, mas é a reparação *in natura* que coloca a vítima em melhor estado do que o anterior ao dano.

Outro subgrupo, relativo a vantagens que derivam do evento danoso sem a ação de qualquer pessoa, compreende casos em que os dependentes da vítima de um homicídio têm a pretensão indenizatória do § 844 II BGB²⁵² contra o autor do dano - que

²⁴⁷ BGH NJW 2014, 994 *apud* MAGNUS, 2015, p. 12.

²⁴⁸ BGH NJW 1986, 245 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 12.

²⁴⁹ MAGNUS, op. cit., p. 13. Nesse sentido, em BGH NJW 1959, 1078 e BGH NJW 1997, 520, ficou decidido que se um prédio antigo é destruído e substituído por um novo, a soma equivalente à maior durabilidade do novo prédio deve ser deduzida da indenização (*"Werterhöhung durch Wiederherstellung eines Gebäudes"*). Recentemente, o Tribunal Estadual de Duisburg (LG Duisburg n. 22 O 102/12, 25/07/2014 *apud* MAGNUS, op. cit. p. 13) aplicou a *Vorteilsausgleichung* no caso em que um *website* foi destruído, devido à perda dos dados, e teve de ser reconstruído, o que estendeu a sua durabilidade, estimando-se que poderia ser usado por mais tempo do que a página antiga.

²⁵⁰ BGHZ 102, 322, 331 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 13. Assim, explica o autor, se uma casa construída há 30 anos fosse destruída e pudesse ser reconstruída, então cerca de 30% dos custos de materiais para a reconstrução da casa teriam de ser deduzidos, sob a premissa de que tanto a casa velha quanto a renovada têm uma durabilidade de cem anos e, assim, a casa restaurada tem vida útil estimada em trinta anos a mais do que a sua condição anterior ao dano proporcionaria ao proprietário.

²⁵¹ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 487.

²⁵² ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 844: "(1) Em caso de homicídio, a pessoa responsável pela indenização deve reembolsar os custos com o funeral à pessoa que tem o dever de arcar com esses custos. (2) Se o falecido, no momento do dano, estava em um relacionamento com um terceiro, em virtude do qual era ou poderia vir a ser obrigado, por força da lei, a prestar alimentos, e o terceiro, como resultado da morte, foi privado do seu direito aos alimentos, então a pessoa responsável pela indenização deve prover ao terceiro o pagamento de pensão em dinheiro, na mesma medida em que a pessoa morta teria sido obrigada a providenciar o sustento, pela duração presumida da sua vida; as disposições do § 843 (2) até (4) aplicam-se com as modificações necessárias. O dever de indenizar também ocorre, quando o terceiro, à época do dano, fora concebido, mas ainda não era nascido". Tradução livre de: "(1) *Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung*

ficaria então encarregado de manter os dependentes da vítima na mesma proporção que esta estaria obrigada a fazê-lo se viva estivesse -, ao mesmo tempo em que receberam, em razão do evento danoso, a herança do falecido, passando a uma situação financeira muito superior do que a anterior ao dano. Os tribunais alemães têm desenvolvido uma rede bastante refinada e complexa de regras e exceções para esses casos, com soluções nem sempre consistentes.²⁵³

No geral, a corte examina o que teria acontecido com o patrimônio do falecido se a sua morte precoce não houvesse ocorrido, bem como ao que teriam direito os dependentes no futuro. Na maioria dos casos, o dependente teria herdado o patrimônio da vítima de qualquer forma, se a morte fosse causada por qualquer outro fator ordinário, e por isso a corte não aplica a *Vorteilsausgleichung*, isto é, não deduz da pretensão indenizatória o valor da herança.²⁵⁴

Por outro lado, se fosse mais provável que o beneficiário da herança e da pretensão indenizatória do § 844 II nada tivesse recebido nas circunstâncias normais da vida e do tempo, porque o patrimônio já teria sido reduzido a zero na data provável da sucessão, mesmo o patrimônio herdado como um todo deverá contar como vantagem dedutível em relação à pretensão. Para tanto, não é necessário um juízo de certeza. Isso vale, por exemplo, no caso em que o patrimônio herdado já era destinado a cumprir com a obrigação de prestar alimentos ao dependente, ou na situação em que o beneficiário apresentava uma expectativa de vida mais baixa do que a do falecido.²⁵⁵

Não obstante essa linha jurisprudencial, Lange e Schiemann apontam uma decisão do BGH em sentido oposto, no caso em que uma mulher idosa tinha a pretensão

demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen. (2) Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschriften des § 843 Abs. 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war".

²⁵³ MAGNUS, 2015, p. 10.

²⁵⁴ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 508. Texto original: "Der Stammwert der Erbschaft ist nach dem eingangs Gesagten nicht anzurechnen, wenn und soweit dem Ersatzberechtigten die Erbschaft nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge auch zugefallen wäre". Nesse sentido: BGH NJW 1953, 618; BGH NJW 1957, 905 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 10. BGHZ 8, 325, 328; BGH NJW 1979, 760; BGH VersR 1969, 713 *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 509.

²⁵⁵ LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 508. Texto original: "Eine Anrechnung der Erbschaft im ganzen ist danach geboten, wenn und soweit der Ersatzberechtigte späterhin von der Erbschaft mutmaßlich nichts erhalten hätte. Gewißheit ist auch in dieser Hinsicht nicht zu verlangen. Anzurechnen ist der Stamm z. B. dann, wenn die Erbmasse voraussichtlich für die Erfüllung der Unterhaltspflicht verbraucht worden wäre oder wenn der Ersatzberechtigte eine geringere Lebenserwartung hatte als der Getötete".

indenizatória, com base no § 844 II, por causa do homicídio do seu filho de trinta e três anos de idade que mantinha a família, mas o tribunal rejeitou a aplicação da *Vorteilsausgleichung* em relação a uma reserva hereditária, que fora concebida pelo falecido justamente para o caso de uma emergência.²⁵⁶

Na verdade, na maioria dos casos, não é o patrimônio herdado em si que é considerado uma vantagem dedutível em relação à pretensão indenizatória ao pensionamento por morte, e sim a renda proveniente da propriedade recebida precocemente em herança.²⁵⁷ Esses rendimentos são regularmente deduzidos como vantagem se o falecido provavelmente teria-os usado para a sua própria subsistência.²⁵⁸

Nesse sentido, o BGH decidiu o caso em que a autora pleiteava pela referida pensão indenizatória em razão da morte do seu marido e da filha, esta comum a ambos, em um acidente de trânsito, sendo que a filha morreu depois do seu pai. Assim, a autora herdou o patrimônio em parte diretamente do seu marido, e em parte indiretamente, por meio da sua filha. O BGH decidiu que os rendimentos relativos à parte que coube à filha e foi herdada pela autora teriam de ser considerados uma vantagem dedutível. Isso porque, pelo curso normal das coisas, a autora nunca teria recebido essa parte da herança, o que só ocorreu em razão do evento danoso.²⁵⁹

Há, mesmo assim, exceções na jurisprudência. Não há dedução, se o falecido teria usado a renda para acumular fortuna, de modo que o patrimônio herdado teria, provavelmente, maior valor ao tempo provável da morte.²⁶⁰ Os rendimentos provenientes da propriedade herdada também não serão deduzidos integralmente, se o dependente deve investir a sua própria força de trabalho para o funcionamento da propriedade, como, por exemplo, uma fazenda ou um negócio.²⁶¹

Em suma, as regras para essa categoria são complexas e diferenciadas, além de requerer boa medida de especulação sobre o curso hipotético das coisas. A doutrina já sugeriu que nem o patrimônio herdado, nem a renda dele proveniente deveriam ser levados em conta.

²⁵⁶ BGH VersR 1967, 1154 *apud* LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 508.

²⁵⁷ LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 508. "*Die Unterscheidung zwischen Vermögensertragnisse und der Erhaltung des Vermögensstammes, der nach bestehender Rechtslage das Kriterium für die Anrechnung oder Nichtanrechnung bildet, sei kaum zu treffen, da die dauernde Geldentwertung die Grenzen verschwimmen lasse*".

²⁵⁸ BGH NJW 1974, 1236; BGH NJW 1979, 760 *apud* MAGNUS, 2015, p. 11.

²⁵⁹ BGH NJW 1957, 905 *apud* LANGE/SCHIEHMANN, op. cit., p. 509. Diferentemente do caso RGZ 91, 398, 401, em que essa herança indireta não ocorreu devido ao mesmo acidente, mas a uma causa posterior.

²⁶⁰ BGH NJW 1974, 1236 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 11.

²⁶¹ BGH NJW 1972, 574 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 11.

Para Magnus²⁶², não é do escopo da indenização liberar o causador do dano da sua responsabilidade, primeiramente porque a vítima falecida deixa um patrimônio do qual as vítimas secundárias, os dependentes, teriam regularmente se beneficiado de qualquer forma. Além disso, se a herança acabasse, por disposição de vontade do falecido, sendo deixada para outras pessoas que não os dependentes, a pretensão indenizatória destes últimos não poderia ser reduzida. Sob o ponto de vista do autor, muito embora os dependentes e herdeiros possam não ter sofrido, numericamente, uma perda pecuniária e, assim, não se encontrem em necessidade de alimentos, se eles acabam por herdar o patrimônio antes do previsto sem o evento danoso, o escopo da pretensão indenizatória do § 844 II BGB e de sua suposta vantagem militam fortemente contra uma redução ou extinção da sua reivindicação.

3.2 VANTAGENS OBTIDAS POR AÇÃO DA PRÓPRIA VÍTIMA

À vítima podem-se acumular lucros também por sua própria atividade. Esses lucros reduzem indenização pleiteada apenas quando o lesado esteja obrigado a minimizar os danos ou impedir o seu agravamento.²⁶³ Se os esforços do lesado forem tais, que ultrapassem as medidas necessárias a impedir o agravamento do dano, então os lucros resultantes das ações da vítima não deverão ser compensados. Isso porque, nesse caso, não há fundamento para que os frutos decorrentes da atividade da vítima beneficiem outra pessoa - o autor do dano.²⁶⁴

Conforme Magnus²⁶⁵, na verdade, a redução da indenização no caso em que a vítima tivesse o dever de alcançar a vantagem não é apenas uma consequência da aplicação das regras da *Vorteilsausgleichung*, mas da culpa concorrente que se configuraria caso ela não agisse nesse sentido, consoante o § 254 II 1 BGB²⁶⁶.

²⁶² MAGNUS, 2015, p. 11.

²⁶³ No sentido de existir um dever, da vítima, de mitigar o dano (*Schadensminderungsobliegenheit*), para evitar a configuração de uma negligência concorrente, conforme a teoria conhecida no Brasil por "*duty to mitigate the loss*".

²⁶⁴ BGHZ 4, 170 (177) *apud* LOOSCHELDERS, 2011, p. 319.

²⁶⁵ MAGNUS, *op. cit.*, p. 14.

²⁶⁶ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 254 II 1 BGB: "Isso se aplica também, se a culpa do lesado limita-se ao fato de que ele se absteve de chamar a atenção do devedor para o risco de uma extraordinária extensão do dano, que o devedor não conhecia, nem devesse conhecer, ou de que ele tenha deixado de evitar ou atenuar o dano". Tradução livre de: "*Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern*".

Para Lange e Schiemann²⁶⁷, dessa mesma norma decorre não só o dever da vítima de mitigar o dano, mas também de empenhar-se em busca de vantagens. Assim, vantagens advindas do trabalho que razoavelmente se pode exigir da vítima, ou mediante a assunção pela vítima de custos e riscos razoáveis, deverão ser deduzidas, caso contrário não.

Se a vítima realiza mais do que dela se espera e se exige, através de "esforços mais do que os obrigatórios" (*überobligationsmäßige Anstrengungen*), as vantagens por ela alcançadas não deverão ser deduzidas.²⁶⁸ Isso porque a dedução de uma vantagem deve ser razoavelmente exigível da vítima. Nesse ponto, têm especial relevo as considerações de razoabilidade e equidade desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, o BGH decidiu o caso em que um instrutor de trânsito, que trabalhava como autônomo, não pôde usar o seu veículo durante nove dias de trabalho, em razão de acidente provocado por outrem. Após o conserto do automóvel, ele conseguiu repôr as aulas extraordinariamente, trabalhando além da sua jornada habitual, o que acabou por compensar totalmente a sua perda econômica. A corte entendeu que a reposição das horas-aula de forma extraordinária era uma medida não obrigatória, um esforço que não podia ser exigido do instrutor, e que, por isso, a *Vorteilsausgleichung* não impunha a redução do montante indenizatório em razão das vantagens econômicas auferidas pelo lesado. Por conseguinte, ele pôde exigir do causador do dano os lucros cessantes relativos aos nove dias de trabalho perdidos.²⁶⁹

Outra categoria de casos recorrentes na jurisprudência alemã envolvem os chamados negócios de cobertura (*Deckungsgeschäften*), realizados pelo credor de uma obrigação para substituir a prestação inadimplida pelo devedor, através da aquisição de mercadoria da mesma espécie e qualidade da devida, exigindo-se do devedor inadimplente o valor correspondente à diferença entre o preço avençado no contrato descumprido e pago no negócio celebrado com terceiro.²⁷⁰

Nesses casos, se a vítima do inadimplemento logrou reduzir os danos sofridos por meio da realização de um contrato mais favorável, essa vantagem geralmente permanece

²⁶⁷ LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 511.

²⁶⁸ LOOSCHELDERS, 2011, p. 319; MAGNUS, 2015, p. 14. Em entendimento contrário, isto é, a favor da dedução das vantagens alcançadas mediante "esforços mais do que os obrigatórios": THÜSING, 2001, p. 55 e ss., p. 439 e ss. *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 511.

²⁶⁹ BGHZ 55, 329 *apud* LOOSCHELDERS, op. cit., p. 319; MAGNUS, op. cit., p. 14. Conforme Magnus (op. cit., p. 15), o caso não parece ser uma situação real de *Vorteilsausgleichung*, mas de mero cálculo dos danos.

²⁷⁰ REINIG, 2015, p. 155.

com ela e não deve ser deduzida do montante da indenização. Assume-se que a habilidade nos negócios e a inteligência da vítima foram as fontes primárias da vantagem.²⁷¹

O devedor inadimplente não pode esperar participar dos lucros auferidos pelo credor através do seu trabalho, da sua destreza e pelo seu próprio risco. Por outro lado, é considerada uma vantagem dedutível aquela obtida pelo credor praticamente sem esforço e sem qualquer risco,²⁷² se a mudança nas circunstâncias negociais, por exemplo, em tempos de escassez de produtos, levam-no a realizar um negócio de cobertura favorável, que não poderia ocorrer se o devedor inadimplente tivesse simplesmente cumprido a obrigação.²⁷³

Nesse sentido, foi decidido o caso envolvendo um contrato de mútuo bancário, em que o tomador do crédito quebrou o contrato e devolveu o empréstimo. Por essa razão, o banco pôde realizar um novo contrato com um terceiro a juros mais elevados, vantagem esta considerada pelo BGH uma vantagem dedutível em relação à pretensão indenizatória.²⁷⁴

O instituto da *Vorteilsausgleichung* tem sido aduzido, ainda, contra a pretensão indenizatória da vítima de carteis ou trustes, se por conta disso a vítima teve de pagar preços elevados, mas pôde repassar o prejuízo aos seus próprios clientes, o que geralmente reduz ou mesmo exclui a pretensão indenizatória.²⁷⁵

3.3 VANTAGENS RECEBIDAS DE UM TERCEIRO

Para responder a questão, se e em que medida os pagamentos voluntários ou outros benefícios prestados por terceiros reduzem a pretensão indenizatória da vítima, a jurisprudência costuma analisar o escopo dessas vantagens. Na maior parte dos casos, as prestações são destinadas ao suporte da vítima e, por conseguinte, não são consideradas vantagens dedutíveis.²⁷⁶

Recebe a vítima prestações voluntárias de um terceiro, então o tratamento conferido pela *Vorteilsausgleichung* vai depender, se tais prestações, conforme a vontade do terceiro, vêm beneficiar o lesado ou também devem dispensar o autor do dano, no sentido do

²⁷¹ MAGNUS, 2015, p. 15. A *Vorteilsausgleichung* já era rejeitada na jurisprudência do *Reichsgericht*, na maior parte dos casos: RGZ 89, 282; RGZ 90, 160; RGZ 102, 348 *apud* LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 510.

²⁷² Nesse sentido, a argumentação de: RUDLOFF, 1967, p. 443 *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 513.

²⁷³ LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 513. Cf. RG JW 1918, 557; RG WarnR 1920 Nr. 7.

²⁷⁴ BGH NJW 1996, 1337, 1338 *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 513.

²⁷⁵ BGH NJW 2012, 928 (933 e ss.) *apud* MAGNUS, op. cit., p. 15.

²⁷⁶ MAGNUS, op. cit., p. 17.

disposto no § 267 BGB.²⁷⁷

Nessa lógica, se um inquilino não realiza as devidas restaurações no apartamento ao final do contrato, antes de entregá-lo ao proprietário, este mantém integralmente a pretensão indenizatória relativa às reparações cabíveis, mesmo se o próximo inquilino arcar com tais custos voluntariamente.²⁷⁸ De certa forma, a função compensatória da indenização é negligenciada nesse caso, e uma cumulação das prestações é aceita, em essência, a fim de manter a disciplina contratual - segundo a qual o inquilino deve cumprir, *in casu*, com a obrigação de restaurar.²⁷⁹

A análise do escopo (*Zweck*) da vantagem permite aos tribunais uma margem bastante ampla de discricionariedade, já que tal critério é definido conforme o caso concreto, sendo permitidas considerações de razoabilidade e de equidade pela corte. Via de regra, se o escopo da pretensão indenizatória e o escopo da prestação recebida do terceiro forem idênticos, isto é, se ambas as prestações visarem à reparação do mesmo dano, ou em outras palavras, guardarem congruência entre si, deverá ser aplicada a *Vorteilsausgleichung*.

Em decisão recente, o BGH aplicou o instituto por causa da congruência entre vantagem e pretensão indenizatória. *In casu*, a requerente havia reservado para si e para o seu marido uma viagem em cruzeiro saindo de Dubai, incluindo o voo de ida de Düsseldorf para Dubai e o voo de volta, o qual teve um atraso de 25 horas. Em razão do atraso, a companhia aérea pagou € 600 para cada passageiro. A requerente ingressou, então, com uma ação contra a agência de viagens que vendeu o pacote, pleiteando a redução do preço deste em função do atraso, bem como a quantia de € 426,30 por danos materiais. O BGH decidiu que os pagamentos realizados pela companhia aérea tinham de ser compensados com a pretensão à redução de preço e rejeitou o pedido. O tribunal baseou o seu julgamento ao argumento de que a redução do preço e o pagamento pelo atraso do voo tinham ambos o mesmo objetivo, qual seja, a compensação pelas inconveniências relacionadas ao atraso do voo. Assim autorizar ambas as indenizações seria compensar a maior a requerente.²⁸⁰

²⁷⁷ BGHZ 10, 107. LOOSCHELDERS, 2011, p. 319. Conforme § 267 BGB, que trata da prestação por terceiros: "(1) Se o devedor não tem o dever de realizar pessoalmente a prestação, então um terceiro também pode executá-la. O consentimento do devedor não é necessário. (2) O credor pode rejeitar a prestação, se o devedor a contesta". Tradução livre de: "(1) *Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich. (2) Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht.*"

²⁷⁸ BGH NJW 1968, 491 *apud* MAGNUS, 2015, p. 17.

²⁷⁹ MAGNUS, *op. cit.*, p. 17.

²⁸⁰ BGH MDR 2015, 13 *apud* MAGNUS, *op. cit.*, p. 4.

Por vezes, a conclusão pela desconsideração da vantagem e pela não aplicação da *Vorteilsausgleichung* decorrerá de previsão expressa na lei para determinados casos, ou seja, situações em que o próprio legislador terá determinado previamente a cumulação de vantagens percebidas em decorrência do evento danoso.

Nesse sentido, consoante o § 843 IV BGB²⁸¹, a vítima de uma lesão corporal reserva para si a pretensão à pensão indenizatória contra o causador do dano, mesmo se outra pessoa também tiver o dever de prestar alimentos desencadeado pelo evento danoso. Aqui está expressa a ideia de que vantagens que, pelo seu escopo, não devam beneficiar o autor do dano, não serão deduzidas do pedido de indenização do lesado.²⁸²

O escopo da norma prevista no § 843 BGB é, justamente, prestar suporte alimentar à vítima. O caso concreto, porém, poderá revelar exceções, sobretudo se o evento danoso foi o que permitiu a existência de uma nova pretensão alimentar. A exemplo, se uma viúva casa novamente, os alimentos prestados pelo seu novo marido serão dedutíveis em relação ao montante da indenização a que a viúva tem direito contra o malfeitor que matou o seu primeiro marido.²⁸³ Outro, contudo, será o entendimento, se essa mesma viúva receber prestações de um novo parceiro que com ela não é casado. A razão é formalista, já que a viúva nessa última hipótese não tem direito a exigir alimentos, sendo tal prestação voluntária por parte do novo parceiro e, portanto, tratada como tal para fins de aplicação da *Vorteilsausgleichung*.²⁸⁴

Tampouco será considerada uma vantagem dedutível a prestação recebida de um seguro contratado pela própria vítima, como seguro de vida (*Lebensversicherung*)²⁸⁵,

²⁸¹ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 843: "(1) Se a capacidade laboral da vítima é eliminada ou reduzida como resultado de uma lesão ao corpo ou à saúde ou se ocorre um aumento das suas necessidades, então o causador do dano fica obrigado à indenização mediante pagamento de uma pensão. (...) (4) A pretensão não é excluída pelo fato de que uma outra pessoa esteja obrigada a prestar alimentos ao lesado". Tradução livre de: "(1) Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten. (...) (4) Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat".

²⁸² LOOSCHELDERS, 2011, p. 319.

²⁸³ BGH NJW 1970, 1127 *apud* MAGNUS, 2015, p. 16.

²⁸⁴ BGH NJW 1984, 2520 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 16.

²⁸⁵ A jurisprudência oscilava conforme o seguro de vida contratado fosse de risco (*Risikolebensversicherung*), cujo objeto era restrito ao risco de morte acidental, ou de capital (*Kapitallebensversicherung*), que engloba tanto a morte extraordinária, quanto a morte natural, funcionando como uma previdência complementar. Assim, em relação ao *Kapitallebensversicherung*, a jurisprudência do BGH costumava aplicar as mesmas regras da *Vorteilsausgleichung* quanto à herança recebida, porque tal modalidade de seguro não deixava de ser um tipo de poupança, uma reserva hereditária (cf. BGHZ 39, 249). Posteriormente, porém, o BGH voltou a adotar a jurisprudência do RG (RG WarnR 1917 Nr. 266), para quem a resposta deverá orientar-se conforme o escopo do contrato de seguro, o qual, geralmente, visa proteger os dependentes da vítima, impedindo uma dedução de tais

seguro contra acidentes (*Unfallversicherung*)²⁸⁶ ou seguro de saúde privado (*private Krankenversicherung*). Isso porque não é do escopo de tais benefícios liberar o causador do dano, e sim proteger a vítima e, conforme o caso, os seus dependentes. O escopo do contrato não permite, pois, que as prestações recebidas pelo contratante revertam-se em benefício do autor do dano, o que ocorreria caso fossem consideradas dedutíveis pela doutrina da *Vorteilsausgleichung*.²⁸⁷

Outro será o cenário se o autor do dano for o tomador do seguro, por exemplo, um seguro contra acidentes automobilísticos (*Insassenunfallversicherung*), que confere cobertura a todos os envolvidos no acidente, caso em que o lesado deverá aceitar o montante recebido da seguradora e compensar essa vantagem com a indenização devida.²⁸⁸ Caso contrário, a vítima receberia, injustificadamente, uma compensação em dobro.²⁸⁹

Benefícios de assistência ou previdência social, bem como prestações de seguros obrigatórios, como o de saúde, recebidos pela vítima devido ao evento danoso, não têm o condão de liberar o autor do dano da indenização devida, já que o escopo de tais benefícios é assistir a vítima.²⁹⁰

O mesmo tratamento é conferido quanto aos salários que a vítima continua a receber durante o período em que estiver inapta ao trabalho por causa do evento danoso. A pretensão à continuidade dos salários do empregado frente ao empregador não deve proteger o causador do dano, e sim a vítima, não sendo considerada, por isso, uma vantagem dedutível em relação à pretensão indenizatória.²⁹¹

Sem embargo, nesses casos em que um terceiro tem o dever legal ou contratual de prestar assistência à vítima e assumir o prejuízo, a conclusão pela não aplicação da *Vorteilsausgleichung* também não deverá significar a cumulação de determinadas vantagens pela vítima, já que existem outros institutos que derivam da vedação ao enriquecimento (*Bereicherungsverbot*), como a previsão legal da cessão da pretensão indenizatória.

benefícios em relação à pretensão indenizatória contra o autor do dano. LANGE/SCHIEMANN, 2003, p. 522. "*Der Zweck des Vertrages schließt aber eine Anrechnung des Kapitals auf den Schadensersatzanspruch aus, da der Versicherungsnehmer den Ersatzpflichtigen nicht entlasten will, sondern seinen Angehörigen eine zusätzliche Versorgung verschaffen möchte*".

²⁸⁶ BGHZ 10, 107 (109); BGHZ 19, 94 (99); BGHZ 25, 322 (328) *apud* LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 522.

²⁸⁷ LANGE/SCHIEMANN, op. cit., pp. 520-521; LOOSCHELDERS, 2011, p. 318; MAGNUS, 2015, p. 15.

²⁸⁸ BGH NJW 1979, 760 *apud* MAGNUS, op. cit., p. 16.

²⁸⁹ LANGE/SCHIEMANN, op. cit., p. 523; LOOSCHELDERS, op. cit., pp. 318-319; MAGNUS, op. cit., pp. 15-16.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 524; pp. 318-319; p. 16.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 528; pp. 318-319; p. 16.

3.4 VORTEILSAUSGLEICHUNG E CESSIO LEGIS

Estatisticamente, é possível observar que, nos casos em que a *Vorteilsausgleichung* foi aduzida, o número de decisões pela não dedução da vantagem auferida pela vítima foi superior à soma dos casos em que houve abatimento do montante indenizatório. Uma análise precipitada poderia concluir que isso seria resultado de uma máxima dirigida, de forma abstrata, contrariamente à *Vorteilsausgleichung*.²⁹²

Na verdade, a razão pela qual a maior parte das decisões não acolhe uma compensação do lucro com o dano é puramente factual, já que a maioria das vantagens observadas em conexão com o evento danoso advêm de benefícios previdenciários ou securitários.

É consenso na doutrina e na jurisprudência que, sempre que se tratar de um pleito por *Vorteilsausgleichung*, um importante indício contra a dedução da suposta vantagem é a existência de lei que preveja a cessão da pretensão indenizatória em favor de terceiros que já proporcionaram ao lesado a reparação do dano.²⁹³

Assim, em razão dessas normas, pode-se inferir que a indenização deve, ao final, ser suportada pelo causador do dano, sem, contudo, proporcionar uma dupla compensação da vítima, não por causa da *Vorteilsausgleichung*, mas da aplicação de um outro instituto, chamado pela doutrina alemã de *Cessio legis* ou *Verpflichtung zur Abtretung*, que também busca realizar a vedação ao enriquecimento da vítima e a função indenitária do princípio da reparação integral na responsabilidade civil.

Nesse sentido, na maior parte dos casos em que a vítima do evento danoso tem o dano compensado pela prestação de um seguro privado por ela contratado, a pretensão indenizatória que a vítima tem em relação ao autor do dano é transmitida para a seguradora por cessão legal, conforme o § 86 VVG²⁹⁴.

²⁹² LANGE/SCHIEHMANN, 2003, p. 495. "Wenn heute die Nichtanrechnung rein statistisch gesehen überwiegt, so ist dies nicht das Resultat einer abstrakten gegen die Vorteilsausgleichung gerichteten Maxime, sondern Folge der Tatsache, dass die meisten Vorteile im Zusammenhang mit der Schadensüberwälzung im Social- und Privatversicherungsrecht entstehen".

²⁹³ LOOSCHELDERS, 2011, p. 318. Texto original: "Ein wichtiges Indiz gegen die Vorteilsausgleichung ist die Existenz von Vorschriften, die einen gesetzlichen Übergang des Schadensersatzanspruchs zugunsten Dritter vorsehen, die dem Geschädigten Ersatz leisten. Denn diesen Vorschriften ist zu entnehmen, dass der Schaden letztlich vom Schädiger getragen werden soll".

²⁹⁴ ALEMANHA. *Versicherungsvertragsgesetz* (Lei dos contratos de seguro). § 86 I: "Se ao segurado resta uma pretensão indenizatória contra um terceiro, esta é transferida para a seguradora, na medida em que a seguradora repara o dano. A cessão não pode ocorrer em prejuízo do segurado". Texto original: "Steht dem Versicherungsnehmer ein Ersatzanspruch gegen einen Dritten zu, geht dieser Anspruch auf den Versicherer über;

Ou seja, a seguradora tem direito de regresso na mesma medida em que compensou a vítima, podendo, então, executar o autor do dano. Por outro lado, é a seguradora que arca com o risco, caso o executado seja insolvente.²⁹⁵

Da mesma forma, porque continua a prestar salários ao empregado que se encontra temporariamente incapacitado ao trabalho por causa do evento danoso, o empregador recebe a cessão legal da pretensão indenizatória contra o autor do dano, na medida dos pagamentos que realizar, consoante § 6 EFZG²⁹⁶.

A mesma cessão é prevista em favor da Administração Pública se ela arcar com os salários do servidor público durante o período em que este se encontra afastado do trabalho devido ao evento danoso, segundo o § 76 BBG.²⁹⁷

No mesmo sentido, conforme o disposto no § 116 SGB X²⁹⁸, as agências de seguridade social e demais instituições de assistência social reservam para si o direito de regresso contra o autor do dano, se tiverem o seu dever legal de prestar benefícios sociais desencadeado pelo evento danoso, e se o benefício em questão servir para a reparação do mesmo dano e durante o mesmo período que a indenização a ser paga pelo autor do dano. Ocorre aqui também a cessão legal da pretensão indenizatória que a vítima tem em relação ao causador do dano.

Como requisito à aplicação da *cessio legis*, tem-se que a pretensão indenizatória que advém da responsabilidade civil só é transmitida às instituições de assistência social, ao fundo de seguridade social ou à seguradora privada, que efetivamente repararam o dano da vítima, na medida em que o escopo (*Zweck*) da pretensão indenizatória e

soweit der Versicherer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden".

²⁹⁵ MAGNUS, 2015, p. 15.

²⁹⁶ *Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG)*: Lei sobre a continuidade do pagamento dos salários em feriados e em caso de doença.

²⁹⁷ *Bundesbeamtengezet (BBG)*: Lei dos Servidores Públicos Federais.

²⁹⁸ ALEMANHA. *Sozialgesetzbuch X* (Código Social, Décimo livro). § 116 I: "A pretensão à reparação de um dano, baseada em uma outra norma legal, é transmitida à seguradora ou às instituições de assistência social, na medida em que estas tenham que prestar, em razão do evento danoso, benefícios sociais que sirvam para a reparação de um dano da mesma natureza e que se relacionam ao mesmo período que a indenização a ser paga pelo autor do dano. Isso inclui: 1. As contribuições de benefícios sociais a serem pagas, e 2. As contribuições para o seguro de saúde, que teriam de ser pagas, independentemente do § 224 Abs. 1 do Quinto Livro, para a duração do direito ao auxílio-doença". Tradução livre de: "*Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über; soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen. Dazu gehören auch 1. die Beiträge, die von Sozialleistungen zu zahlen sind, und 2. die Beiträge zur Krankenversicherung, die für die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld unbeschadet des § 224 Abs. 1 des Fünften Buches zu zahlen wären*".

o escopo da prestação securitária sejam idênticos, isto é, visem à reparação do mesmo dano, ou em outras palavras, guardem congruência entre si (*Kongruenzprinzip*).²⁹⁹

Dessa forma, como os seguros sociais não visam à reparação de danos à propriedade ou de danos imateriais, a pretensão indenizatória quanto a tais danos permanece com a vítima, para que esta promova a ação cabível contra o autor do dano, ainda que tenha recebido benefícios securitários relativos ao mesmo evento danoso, já que estes dirão respeito a outras lesões sofridas, ou a outros danos decorrentes da mesma lesão.

Isso explica porque o BGH, nas ações de reparação por danos promovidas pelas vítimas, frequentemente, dedica-se a avaliar a lesão à pessoa somente do ponto de vista da indenização por danos morais (*Schmerzensgeld*), enquanto a instituição securitária que prestou benefícios para a reparação dos danos materiais decorrentes da mesma lesão já está reavendo, concomitantemente, o que desembolsou, mediante o regresso contra o autor do dano.³⁰⁰

No mesmo sentido, a pensão por invalidez prestada pelo seguro obrigatório contra acidentes só deverá oferecer uma compensação pela perda de rendimentos devido à incapacidade laboral, mas não proporcionará ao lesado a reparação de custos relativos ao aumento das suas necessidades vitais em decorrência do acidente. Assim, não será cedida à instituição securitária, por exemplo, a pretensão indenizatória do § 843 I BGB³⁰¹, concernente à subvenção para os custos de manutenção de um veículo automotor adequado às necessidades da vítima, de cuja utilização tornou-se dependente como resultado do acidente. A vítima poderá pleitear uma indenização por tais custos, ainda que esteja recebendo a pensão por invalidez, já que tais pretensões não apresentam congruência entre si, isto é, apresentam escopos diversos.³⁰²

²⁹⁹ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 308. "*Die Ansprüche, die dem Verletzten oder seinen Hinterbliebenen gegen den Drittschädiger nach allgemeinem Haftungsrecht zustehen, gehen nur insoweit auf den Sozialversicherungsträger über, als der Zweck dieser Ansprüche und der Zweck der Versicherungsleistung identisch oder - wie man auch sagt - einander 'kongruent' sind*". Cf. BGH NJW 1966, 1319; BGH NJW 1974, 41; BGH NJW 1977, 802; BGH NJW 1982, 984; BGH NJW 1984, 2628; BGH NJW 1985, 735 *apud* KÖTZ/WAGNER, op. cit., p. 309.

³⁰⁰ Ibidem, pp. 308-309. "*Dieser Umstand erklärt, warum der BGH mit Schadensersatzansprüchen wegen Personenschäden häufig nur unter dem Gesichtspunkt des Schmerzensgeldes beschäftigt wird. Nur dieser Schadensposten kann nämlich noch von dem Verletzten selbst geltend gemacht werden, während der Regress unter den verschiedenen Versicherungsträgern wegen der erbrachten Leistungen in der Regel auf der Grundlage sog. Teilungsabkommen erfolgt*".

³⁰¹ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch*. § 843 I: "(1) Se a capacidade laboral da vítima é eliminada ou reduzida como resultado de uma lesão ao corpo ou à saúde **ou se ocorre um aumento das suas necessidades**, então o causador do dano fica obrigado à indenização mediante pagamento de uma pensão". (Grifou-se)

³⁰² KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 309. Cf. BGH NJW 1970, 1685.

Conclui-se, pois, que a não aplicação da *Vorteilausgleichung* na maior parte das vezes em que se observa uma suposta vantagem à vítima prestada por um terceiro, como nos casos envolvendo seguros obrigatórios e assistência social, por exemplo, não significa a cumulação de ambas as indenizações pela vítima, e sim que a agência securitária ou a instituição de assistência social subroga-se no direito de pleitear a indenização do autor do dano. Ou seja, a vítima receberá somente uma vez a compensação pelo dano, do fundo de seguridade social, por exemplo, e o autor do dano pagará apenas uma vez a indenização, para o mesmo fundo que promoveu a reparação do dano.³⁰³

Conforme a vedação ao enriquecimento decorrente do princípio da reparação integral, não se pode permitir uma dupla reparação da vítima. Se o dano foi compensado por meio do benefício da previdência ou mesmo do seguro privado, não pode a vítima liquidar os custos uma segunda vez junto ao causador do dano. Por outro lado, a reparação obtida pela vítima junto à seguradora não deve levar à exoneração do autor do dano em relação à sua obrigação de indenizar. Uma solução assim seria injusta, já que não foi o causador do dano quem pagou prêmios ou outros valores para compensar o benefício do seguro. Seria, ainda, ineficiente do ponto de vista da função preventiva da responsabilidade civil, já que as pessoas saberiam que não teriam que arcar com as consequências dos seus atos.³⁰⁴

Por isso mesmo, fala-se de uma mudança de protagonismo da responsabilidade civil no Estado Social alemão, que parece ter se transformado na disciplina dos requisitos necessários ao direito de regresso (*Recht der Regressvoraussetzungen*)³⁰⁵, na medida em que coexistem diversos sistemas de reparação à vítima, para cuja prestação existe um dispositivo legal correspondente, prevendo a cessão da pretensão indenizatória contra o autor do dano para a instituição terceira que reparou a vítima.

Tais construções dogmáticas nada deixam a desejar à consecução dos fins propostos à responsabilidade civil: a vítima sempre terá o seu dano reparado, sem correr o risco de insucesso na execução de um réu insolvente e sem cumular reparações destinadas a um mesmo dano, evitando-se o seu enriquecimento injustificado; o autor do dano não será exonerado, pura e simplesmente, da sua obrigação, já que a instituição que promoveu a reparação à vítima guarda para si o direito de regresso, alavancando-se, assim, o efeito

³⁰³ KÖTZ/WAGNER, 2013, p. 307.

³⁰⁴ Ibidem, p. 307.

³⁰⁵ Ibidem, p. 24. Cf. ponto 2.1, pp. 35-36.

preventivo da responsabilidade civil. Mais do que isso, promove-se o refinanciamento das instituições de seguridade e de assistência social, as quais são alimentadas, muitas vezes, com dinheiro público.

CONCLUSÃO

Longe de esgotar o tema, riquíssimo em detalhes e de elevado grau de abstração teórica, ao final, pode-se dizer que se cumpriu o objetivo proposto neste trabalho, na medida em que se logrou demonstrar o tratamento jurídico conferido pela responsabilidade civil alemã à situação em que a vítima auferir alguma vantagem por causa do evento danoso. Mais do que isso, foi de grande valia para uma futura análise da *compensatio lucri cum damno* no Brasil, observar a riqueza de exemplos em que o instituto poderia estar sendo aplicado, visando proporcionar maior equilíbrio à dita área patológica do direito obrigacional.

No primeiro capítulo, foi possível observar que, apesar do embate de interesse teórico quanto à sua natureza e taxonomia, na prática, os países de tradição jurídica romano-germânica estabeleceram uma aceção geral da *compensatio lucri cum damno* bastante similar - a que se chamou de aceção clássica -, especialmente quanto ao seu conceito, ao seu fundamento jurídico e aos requisitos para a sua aplicação. Igualmente pôde-se concluir que a sua aplicação, seja enquanto princípio, instituto autônomo ou critério do dano ressarcível, é plenamente possível, mesmo que não haja menção expressa à *compensatio lucri cum damno* na legislação, uma vez que está associada à própria função da responsabilidade civil na tradição jurídica romano-germânica.

Constatou-se, outrossim, que o princípio da reparação integral, mormente na sua função indenitária de que decorre a proibição do enriquecimento da vítima, dá fundamento ao instituto da *compensatio lucri cum damno*. Outro aspecto relevante, no recorte proposto, foi verificar que, não obstante o nexo causal ser requisito incontroverso entre os autores da doutrina, a dificuldade prática está, justamente, em definir de forma precisa a identidade de causa no caso concreto. Assim, mesmo partindo de igual princípio e de requisitos similares à sua configuração, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de cada país acabou por atribuir à *compensatio lucri cum damno* características próprias, já que, frente a um mesmo fato, como na hipótese em que a vítima percebe um benefício previdenciário para reparar o mesmo dano ressarcível, apresentam-se soluções diversas, muitas vezes completamente incongruentes, caso em que a corte brasileira admite a cumulação de indenizações e benefícios pela vítima, em evidente afronta ao princípio da reparação integral, enquanto na Alemanha isso não é permitido.

Pôde-se concluir, ainda no primeiro capítulo, que, para o direito o romano, a *compensatio lucri cum damno* era reconhecida quando a vantagem e o dano provinham de uma mesma ação do causador do dano, e a vantagem auferida era patrimonial. A pesquisa com vistas à origem do instituto demonstrou que a retomada do maior interesse nos estudos relativos à *compensatio lucri cum damno* ocorreu em razão da aplicação do conceito de *Interesse* e da teoria da diferença (*Differenzhypothese*), cunhados pelo alemão Friedrich Mommsen. Nesse momento, porque buscavam a solução do problema em íntima relação com o conceito de dano e com a quantificação do dano, os autores em geral tinham por base a compensação do lucro com o dano, sendo que a não dedução da vantagem era considerada uma exceção a ser devidamente fundamentada.

Não apenas a origem da *compensatio lucri cum damno* no Direito Romano, a sua recepção e o seu desenvolvimento pelos juristas pandectistas alemães, como também a codificação tardia que se realizou na Alemanha e a continuidade da jurisprudência anterior ao BGB, promovida pelos seus tribunais, justificaram o enfoque especial no desenvolvimento do instituto na Alemanha. Como se viu, ao que tudo indica, *compensatio lucri cum damno* era o termo utilizado pelos doutrinadores alemães à época do *Gemeines Recht*, e consistia no instituto jurídico em que residem os primeiros traços da doutrina do que hoje se denomina *Vorteilsausgleichung*.

Ante o exposto no segundo capítulo, foi possível inferir que o legislador do BGB detectou o problema da *compensatio lucri cum damno*, originalmente, em conexão com o conceito de dano e com o dimensionamento da sua extensão e, muito embora apresentasse a tendência a considerar vantagens e desvantagens como um resultado global do evento danoso, preferiu delegar à doutrina e à jurisprudência a tarefa de desenvolver os critérios adequados a essa situação, à medida em que as circunstâncias casuísticas fossem reveladas.

Por essa razão, o código civil alemão não contém uma norma geral sobre *Vorteilsausgleichung*, mas consigna que a função precípua da responsabilidade civil alemã é restaurar, ao máximo, a situação patrimonial da vítima anterior ao evento danoso, conforme o § 249 BGB, exigindo-se uma comparação da situação real global da vítima depois do evento danoso, com a situação hipotética global que teria existido sem o evento, método conhecido por *Differenzhypothese*. No entanto, já era sabido que, como consequência da aplicação irrestrita desse critério, algumas situações tidas como extremamente injustas poderiam ser instauradas, como a situação dos dependentes e herdeiros da vítima do homicídio.

Quanto aos requisitos desenvolvidos pela jurisprudência e pela doutrina alemãs, foi possível verificar uma tendência de transposição dos critérios de limitação da imputação da responsabilidade pelo dano ao autor, para uma correspondente limitação da imputação da consideração da vantagem à vítima. Observou-se a acolhida, cada vez maior, pela jurisprudência do BGH, de critérios de ordem jurídico-política, a serem utilizados para decidir sobre os limites da *Vorteilsausgleichung*, como o argumento de que a dedução de vantagens do montante indenizatório deve ser razoavelmente exigível da vítima, e de que essa dedução não deve, em qualquer circunstância, exonerar irrazoavelmente e sem justificativa o malfeitor, levando-se em consideração o escopo preventivo da responsabilidade civil.

No entanto, nem a jurisprudência e nem a doutrina alemãs são ainda capazes de lidar com o problema da *Vorteilsausgleichung* por meio de uma fundamentação específica e coerente. Assim como não se pode deduzir do exposto um princípio geral, aplicável a todas as situações em que a vítima perceber uma vantagem em conexão com o evento danoso, que imponha a sua dedução, ou não, do montante indenizatório, também não se pode concluir que a doutrina da *Vorteilsausgleichung* reside tão somente na casuística. Em verdade, alguns dos critérios apresentados têm alcançado bastante relevância, sobretudo quando analisados em conjunto com os fatos concretos, dentro de determinados grupos de casos, divididos conforme a origem ou a causa que levou à vantagem, atingindo-se, pois, uma maior segurança jurídica.

A partir dessa análise, depreende-se que, em virtude da lei alemã não permitir o enriquecimento sem causa, serão quase sempre deduzidas do cálculo da indenização as vantagens que porventura a vítima perceber, quando da ocorrência do dano, sem a ação de uma terceira pessoa ou da própria vítima, especialmente nos casos em que o evento danoso concomitantemente promove, ou beneficia de alguma forma, o bem jurídico violado ou a obrigação contratual descumprida.

Nos casos em que a vítima acumula lucros por sua própria atividade, esses lucros reduzem indenização pleiteada apenas quando o lesado esteja obrigado a minimizar os danos ou impedir o seu agravamento. Se os esforços do lesado forem tais, que ultrapassem as medidas necessárias a impedir o agravamento do dano, então os lucros resultantes das ações da vítima não deverão ser compensados.

Quanto aos benefícios prestados por terceiros de forma voluntária, em razão da lei ou do contrato, infere-se que a jurisprudência examina o escopo dessas vantagens para decidir se elas devem, ou não, reduzir a pretensão indenizatória. Na maior parte dos casos, as

prestações são destinadas ao suporte da vítima e, por conseguinte, não são consideradas vantagens dedutíveis.

Nada obstante, nesses casos em que um terceiro tem o dever legal ou contratual de prestar assistência à vítima e assumir o prejuízo, a conclusão pela não aplicação da *Vorteilsausgleichung* também não deverá significar a cumulação de determinadas vantagens pela vítima, já que se aplica um outro instituto que também deriva da vedação ao enriquecimento (*Bereicherungsverbot*): a *cessio legis*, isto é, a previsão legal da cessão da pretensão indenizatória em favor do terceiro que efetivamente prestou a reparação do dano à vítima. Em suma, quando houver tal previsão legal, não será aplicável a *Vorteilsausgleichung*, já que outra foi a solução prevista pelo legislador.

Assim, é possível concluir que a razão pela qual a maior parte das decisões do BGH não acolhe uma compensação do lucro com o dano é puramente factual, já que a maioria das vantagens observadas em conexão com o evento danoso advêm de benefícios previdenciários ou securitários, para os quais a lei prevê a cessão da pretensão indenizatória.

De tal forma, realizam-se os principais propósitos da responsabilidade civil: a vítima tem o seu dano reparado sempre, sem correr o risco de insucesso na execução de um réu insolvente e sem cumular reparações destinadas a um mesmo dano, evitando-se o seu enriquecimento injustificado; o autor do dano não será exonerado, pura e simplesmente, da sua obrigação, já que a instituição que promoveu a reparação à vítima guarda para si o direito de regresso, alavancando-se, assim, o efeito preventivo da responsabilidade civil. Mais do que isso, promove-se o refinanciamento das instituições de seguridade e de assistência social, as quais são alimentadas, muitas vezes, com dinheiro público.

Para a autora, essa é a principal conclusão do trabalho, a suscitar o mais interessante debate no cenário brasileiro, tendo em vista um futuro trabalho de direito comparado. Impressiona o fato de que a jurisprudência brasileira, conforme mencionado *en passant* no primeiro capítulo do trabalho, admita a cumulação da indenização prestada pelo autor do dano, com o benefício previdenciário ou assistencial, sendo que tais prestações são congruentes entre si, isto é, destinadas à reparação de um mesmo dano, como se essa cumulação não fosse uma ofensa ao princípio da reparação integral, corolário do sistema de responsabilidade civil. É preciso repensar as soluções simplistas, que não enfrentam os problemas jurídicos de forma sistemática, e os estudos de direito estrangeiro e comparado certamente proporcionam as ferramentas para tanto: o pensar fora da caixa.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ALDAX, Martín. Aplicación de la regla compensatio lucri cum damno en los supuestos de pérdida de la chance de ayuda económica futura. In: *Lecciones y Ensayos*, n. 90, Año 2012, pp. 19-53.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em:

<<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>>. Acesso em: 29/03/2016. p. 15.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 35. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2011.

CALVO COSTA, Carlos A. *El significado y las especies de daño resarcible*. Disponível em: <<http://ccalvocosta.com.ar/articulos/El%20significado%20y%20las%20especies%20de%20da%C3%B1o%20resarcible.pdf>>. Acesso em: 12/05/2016.

CANTZLER, Klaus. Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch. In: *Archiv für die civilistische Praxis*. Band 156, H. 1, pp. 29-59. Mohr Siebeck, 1958.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil – das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. XIII.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luiz. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

ERM, Dominik. *Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld: ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2013.

FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. In: *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out/dez 2011.

FERRARI, Mariangela. *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

_____. *I nuovi confini della "compensatio lucri cum damno"*. Publicado em 04/08/2014. Disponível em:

<http://www.ildirittodegliaffari.it/upload/articoli/20140804051852_I_nuovi_confini...pdf>. Acesso em: 12/05/2016.

FRITZSCHE, Jörg. *Fälle zum Schuldrecht II: gesetzliche Schuldverhältnisse*. 3. Auflage. München: C. H. Beck, 2015.

GRAZIANO, Thomas Kadner. *Comparative contract law: cases, materials and exercises*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2009.

GSCHNITZER, Franz. *Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz*. Wien: Springer-Verlag, 1963.

HONSELL, Heinrich. *Römisches Recht*. 8. Auflage. Berlin: Springer, 2015.

KÖTZ, Hein; WAGNER, Gerhard. *Deliktsrecht*. 12. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2013.

LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadenersatz*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. (Handbuch des Schuldrechts; Band 1)

LIPPMANN, Susan; SCHOLZ, Lydia. *Das BGB für ausländische Studierende: Übungen zu Rechtssprache und Methodik - Einführung in BGB AT und Allgemeines Schuldrecht*. München: C. F. Müller, 2014.

LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht Allgemeiner Teil*. 9. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2011.

_____. *Schuldrecht Besonderer Teil*. 10. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2015.

MAGNUS, Ulrich. *Schaden und Ersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbußen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1987. (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht; 51)

_____. "Vorteilsausgleichung" – a typical German institute of the law of damages?. In: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich. *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015. pp. 1-20.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4. ed. Portland: Hart Publishing, 2002.

_____; COESTER, Michael; ALPA, Guido; ULLSTEIN, Augustus. *Compensation for personal injury in english, german and italian law: a comparative outline*. (Cambridge studies in international and comparative law). Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1959. Tomo XXVI.

MOMMSEN, Friedrich. *Zur Lehre von dem Interesse*. Beiträge zum Obligationenrecht. Zweite Abteilung. Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn (M. Bruhn), 1855. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=4H8pAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PP5>. Acesso em: 01.05.2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações - introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

_____. *Direito das Obrigações*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: PETEFFI DA SILVA, Rafael (Org.); CELLA, José Renato Gaziero (Org.). *I Encontro de Internacionalização do CONPEDI* - Barcelona/Espanha. v. 8. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil - a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro*. 293p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 8. ed. São Paulos: Revista dos Tribunais, 1998.

RÜCKERT, Joachim. *Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?*. In: Juristenzeitung, 58. Jg, 15/16 (2003), pp. 749-808. Tradução de Thiago Reis. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2231513>> . Acesso em: 13.06.2016.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard. *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*. Vol. 1: Allgemeiner Teil § § 1-240. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

SCHUR, Wolfgang. *Leistung und Sorgfalt*: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. (Jus privatum; Band 61)

THÜSING, Gregor. *Wertende Schadensberechnung*. München: C. H. Beck, 2001. (Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln; Band 86)

WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias (Org.); ZIMMERMANN, Reinhard (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

WENDEHORST, Christiane. *Anspruch und Ausgleich*: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. (Jus privatum; Band 37)

WITSCHEN, Stefan. *Schadensverteilung im allgemeinen Haftungsrecht und im Schadensvorsogerecht*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, 2010. (Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Band 117). pp. 68-71.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2, ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZIMMERMANN, Reinhard. The german civil code and the development of private law in Germany. In: *Oxford U Comparative L Forum I*, Ano 2006. Disponível em: <<http://ouclf.iuscomp.org/articles/zimmermann.shtml>>. Acesso em: 06/04/2016.

Legislação

ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Baugesetzbuch (BauGB)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/BJNR003410960.html>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Bundesbeamtenengesetz (BBG)*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bbg_2009/BJNR016010009.html>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Binnenschiffahrtsgesetz (Gesetz betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt - BinSchG)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/binschprg/BJNR003010895.html>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Bundesleistungsgesetz (BLG)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/blg/BJNR008150956.html>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Entgeltfortzahlungsgesetz (Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall - EFZG)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/entgfg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Handelsgesetzbuch (HGB)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Landbeschaffungsgesetz (Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung - LBG)*. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/lbg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Schutzbereichsgesetz (Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung - SGB)*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/schberg/BJNR008990956.html>>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Sozialgesetzbuch, Zehntes Buch (SGB X)*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_10/BJNR114690980.html>. Acesso em: 19/06/2016.

_____. *Versicherungsvertragsgesetz (VVG)*. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/BJNR263110007.html>. Acesso em: 19/06/2016.